كتاب

القضاء والشهادة

محمد آصف المحسني

القضاء والشهادة

بقلم

محمد آصف المحسني



* الكتاب : القضاء والشهادة

* المؤلف : محمد آصف المحسنى

* تاريخ الطبع : ذى القعدة ١٤٠٤ هـ مهر داد ١٣٦٣

* طبع من هذا الكتاب : ٢٠٠٠ نسخة

* مطبعة : سيد الشهداء عليه السلام

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة على خير خلقه محمد وآله الميامين وعلى اصحابه واتباعه المهتدين .

وبعد ان معرفة مسائل القضاء والشهادة لكثرة الابتلاء بها مهمة فاردت ان اتعرض لها في هذا الكتاب بقدر ميسور ولا اعتمد على الروايات غير المعتبرة بل لااوردها الا نادراً ولااخرج عن حد الاختصار وقد راعيته في جميع مؤلفاتي لحد الان والله اسئل ان يجعله خالصاً لوجهه ونافعاً لعباده انه دائم الفضل وقديم الاحسان وله الحمد على كل حال .

كتاب القضاء

القضاء هو الحكم بثبوت الدعوى اوعدمه وفصل الخصومة بين المتخاصمين وهذا هو القدر المتيقن الذي يثبت اعتباره بالدليل المعتبر .

ويصح ان نعرفه بتعريف اعم منه وانه الحكم بثبوت الحق لذيه وان لم يكن مقترناً بدعوى وخصومة كما اذا لم يعلم الطرفان ان المال او الحق لمن؟[1] فانه أيضاً قابل للاستدلال .

واما تعريفه بولاية الحكم شرعاً لمن لـه اهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على اشخاص معينين مـن البرية باثبات الحقوق واستفائها للمستحق كما عن المشهور او بولاية شرعية على الحكم والمصالح العامة من قبل الامام فغير مقبول ، اذ يخدش الاول اولا بان القضاء وان يصدر عن ولاية لكنه ليس نفسها ، وثانياً بعدم اتصافه بهذا المعنى بالوجوب. وثالثاً بعدم اعتبار الاجتهاد في القاضي على الارجح كما يأتي ويخدش الثاني بـالوجهين الاولين وبعدم

---

(١) بناء على ان الحكم الصادر في مثل المورد قضاء لافتوى .

امكان اثباته بالدليل [١] نعم هو راجع الى ولاية الفقيه والحاكم الشرعي بل هو نفسها .

مسألة ١ : القضاء لايتوقف على اذن خاص على الاظهر لانه احسان على المتخاصمين والله يحب المحسنين بل هو من الامر بالمعروف والنهي عن المنكر في الجملة[٢] على ما يأتي في المسألة الثالثة عشرة وقد امرنا القرآن ان نكون قوامين لله وبالقسط.

وقال الله تعالى : ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل (النساء ٥٨)

فاذا كان القضاء عدلا وجب فعله لقوله تعالى: ان الله يأمركم بالعدل والاحسان ولقوله: اعدلوا .. ونحو ذلك فتأمل . واما وجوب التزام المحكوم عليه بالزام القاضي مطلقاً فيدل عليه قول الصادق عليه السلام في صحيح ابى خديجة بطريق الصدوق : اياكم ان يحاكم بعضكم بعضا الى اهل الجور ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فاني قدجعلته قاضياً فتحاكموا اليه [٣] وللمحقق الاشتيناني حول الروايات كلمات غير سليمة عن الرد .

اذ لو لم يجب قبول حكمه للغي جعل القضاء فمعنى كونه قاضياً وفاصلا

(١) فى الجواهر ص ١٠٠ ج٤٠ ومن هنا أى من اطلاق قوله جعلته حاكماً لم يكن اشكال عندهم فى تعلق الحكم بالهلال والحدود التى لا مخاصمة فيها أقول: الاطلاق غير ثابت ونفى الخلاف ان يثبت ـ ولم يثبت ـ لايكون مجوزاً للفتوى بل لابد من الاستناد الى الدليل .

(٢) أى بعد احراز الحق لذيه .

(٣) ص٤ ج١٨ ـ الوسائل : والقدر المتيقن فى مقام التخاطب جعله قاضياً فى التحاكم فلا اطلاق له يشمل الحكم فى غيره كثبوت الهلال ونحوه كما زعمه بعضهم تبعاً لصاحب الجواهر (قده) .

ومرجعا للتحاكم هو لزوم الالتزام بالزامه وفي رواية اخرى له عنه عليه السلام اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا وحرامنا فاني قد جعلته عليكم قاضيا[١] ... لكن في سندها ابوالجهم ولم اعرفه فلا يعتمد عليها وعلى غيرها من الضعاف مما استدلوا به على المرام .

فالعمدة في الروايات هي الرواية الاولى [٢] واطلاقها يشمل النزاع المالى وغيره .

هذا ولكن نفي الخلاف في اشتراط ثبوت الولاية للقضاء وتوابعه باذن الامام عليه السلام واستدل عليه بالاجماع المحصل والمنقول وبروايات عمدتها صحيحة سليمان بن خالد بطريق الصدوق دون الكليني والشيخ عن الصادق عليه السلام :اتقوا الحكومة ، فان الحكومة انما هي للامام العالم بالقضاء العادل في المسلمين لنبي او وصي نبي وفي نسخة كنبي مكان لنبي [٣] بناء على ارادة القضاء من الحكومة دون ارادة الرئاسة العامة منها. ولاثمرة مهمة له بعد صحيحة ابي خديجة السابقة

---

(١) ص ١٠٠ نفس المصدر ، يمكن أن يكون لفظ الجعل مشيراً الى احتياج القضاء الى اذن الامام فلاحظ .

(٢) وأورد السيد الاستاذ عليها بانها ناظرة الى قاضي التحكيم ولا دلالة لها على القاضى الابتدائى فان جعل الامام للقاضي متفرع على جعل المتنازعين (فاجعلوه بينكم) أقول : الرواية ظاهرة فى نصب القاضى ابتداء فان الظاهر ان قوله عليه السلام : فانى قد جعلته ..) علة للاستدراك (ولكن انظروا) أو لجعلهم (فاجعلوه) لا متفرع على الجعل وأيضاً ظاهر الاوامر الثلاثة هو الوجوب على فرض التحاكم دون الاصلاح وحملها على مجرد الاذن خلاف الظاهر فتأمل وعليه تختص الرواية بالقاضى الابتدائى دون قاضى التحكيم لعدم وجوب الفحص وجعله قاضياً والتحاكم اليه فافهم .

وبالجملة ظهور الرواية فى القاضى الابتدائى مما لاينبغى انكاره .

(٣) ص٧ ج١٨ الوسائل .

الدالة على الجواز .

مسألة ٢ : للحكومة الاسلامية منع المكلفين عن القضاء وانحصاره في القضاةالمنصوبين من قبلها عندالمصلحة ، وفي نفوذ قضاء الممنوعين وبطلانه حينئذ وجهان .

مسألة ٣ : مقتضى اطلاق الصحيحة السابقة لزوم الترافع حتى الى من يعلم بمخالفة نظره لنظرهاجتهاداً او تقليداً كما ان مقتضاه نفوذ القضاء على كل احد حتى على من يخالفه في الحكم الشرعي اجتهادا اوتقليداًفلا يجوز نقضه بالفتوى بل ولابالقضاء (١) .

اذا كان القضاء الثاني مبنياً علىالاجتهاد غير القطعي خلافاً لجماعة يظهر من عباراتهم اومن اطلاقها جواز النقض ، منهم المحقق في الشرائع (٢) وغيره في غيرها نعم ينقض اذا علم بطلانه بالقاطع او العلمى الذي لامجال لمخالفته الا غفلة اى علم غفلة القاضي وخطائه في الحكم او لم يكن القاضي واجداً للشرايط ، لعدم شمول الاطلاق له حينئذ فهو بمنزلة العدم .

---

(١) الفتوى عبارة عن بيان أحكام الله الكلية، والقضاء عبارة عن انشاء ثبوت شيء على شخص أو حكم على موضوع خاص لحسم مادة النزاع أو لاثبات أمر ولايعتبر فيه لفظ مخصوص والحكم قد يطلق عليه وقديكون انشاء حكم كلى موقت كتحريم شرب التتن فى ظرف خاص وكتحريم استيراد المال او اخراجه من بلاد معينة وأمثال ذلك والاخير يختص بالفقيه الجامع للشرائط والاول بمن له أهلية الاستنباط ولايخفى ان الفتوى لايتوقف على تحققالمصداق ولايحتاج الى التطبيق ولكنالقضاء لايقوم الا بتطبيقالحكم الجزئى على مورده .

نعم ربما يكون سبب المخاصمة هو الاختلاف فى الحكم الكلى اجتهاداً اوتقليداً. فتنفصل بالقضاء

(٢) ص ٩٣ ج ٤٠ جواهر الكلام .

وذهب السيد الاستاذ الحكيم في تقليد مستمسكه[١] الى وجوب الاخذ به اذا كان محتمل الموافقة للواقع، وان علم بالخطاء في طريقه في الاستناد او المستند او قامت الحجة على خلافه، واما اذا كان معلوم المخالفة للواقع او كان الخطاء ناشأ عن تقصير في الاجتهاد عمداً او سهواً بحيث كان جاريا على خلاف الموازين اللازمة في الاجتهاد فلا يجوز العمل به للانصراف في الثاني .

مسألة ٤ : لايجوز للمدعي تجديد الدعوى بعد القضاء الى قاض اخر اذا لم يرض به الاخر لانه رد لحكم القاضي الاول وايذاء للمدعي عليه وقد يكون رداً للحلف الذي يجب الرضا به على ما يأتي. نعم اذا رضياً معاً ولم يكن الترافع منافياً للرضا بالحلف ولارداً للقضاء الاول بل ترافعا احتياطا جاز، وكذا يجوز الترافع قبل صدور الحكم وان كان الحاكم في اثناء مطالبة البينة من المدعي او اليمين من المنكر ونحو ذلك. ويمكن القول بالجواز في ما اذا كان ترك الترافع حرجيا كما في الزوجة المسلوبة عنه خصوصاً اذا علم ان من اخذها بحسب الموازين الظاهرية عالم بكذبه وانه يزني بها حتى باعتقاده فينتفي حرمة الترافع وهل يرتفع به المنع عن اخذها بالقوة اذا قدر عليه قيل نعم ولايخلو عن قرب .

مسألة ٥ : لايجوز للقاضي الثاني النظر في الحكم الاول بقصد النقض لنفوذه عليه أيضاً وان رضى الخصمان به على نحو ماسبق خلافاً لصاحب الجواهر[٢] فضلا عن وجوبه في بعض الصور بل ظاهرهم كما في الجواهر[٣] المفروغية من الوجوب عند ذكرهم من الادب النظر في امر المحبوسين . فانه مخالف للاطلاق

---

(١) ص٩٥ ج١ الطبعة الرابعة .

(٢) ص٩٥ ج٤٠ .

(٣) ص٩٤ المصدر .

ولاصالة الصحة ، بل لو قيل به مطلقاً لبطل فايدة القضاء في كثير من الموارد وهو كما ترى .

نعم اذا اعتقد المحكوم عليه عدم أهلية القاضي أو فسق الشهود مثلا جاز له الترافع، واذا ادعاه جاز للقاضي الاخر النظر، بل ادعى عدم وجدان الخلاف في لزوم النظر بين من تعرض له لانها دعوى لا دليل على عدم سماعها ، فاذا جاز النظر جاز النقض عند تبيين الخطأ .

مسألة ٦ ـ اذا ترافعا على بيع شيء من المائعات وقد لاقى عرق الجنب من زنا مثلا عند من يرى طهارته فحكم بها كان طاهراً مملوكاً للمحكوم عليه وان كان مجتهداً يرى نجاسته أومقلد المجتهد كذلك عند صاحب الجواهر ، لاطلاق مادلّ على وجوب قبول الحكم، وهذا معنى نقض الفتوى بالحكم وان هذا الجزئي خارج من كلى الفتوى بان المايع الملاقي عرق الجنب نجس في حق ذلك المجتهد ومقلديه، وهكذا الكلام في جميع العقود والايقاعات والاحكام التكليفية والوضعية (١) .

أقول : غاية مايقتضيه نفوذ القضاء هو صحة المعاملة وعدم بطلانها، وأما الحكم بطهارة المائع حتى بالنسبة الى جواز الشرب ونحوه فهو غيرمدلل ، بل مقتضى القاعدة حرمة شربه مثلا .

واذا ترافع الزوجان فادعى أحدهما بطلان الزوجية للارتضاع مع الاخر عشرة رضعات والاخر صحتها بدعوى ان المحرم خمس عشرة رضعة .

فاذا كان رأى القاضي اعتبار خمس عشرة رضعة في الحرمة وحكم ببطلان الزوجية فان كان المدعى ـ أي مدع الفساد ـ هو الزوج لاتجب عليه نفقتها و يجوزله العقد على اختها والتزوج بالرابعة وهكذا ولايجوز للمرأة دعوى نفقتها

(١) ص٩٨ ج٤٠ من الجواهر .

عليه وأخذها من ماله ويجب عليها التستر منه نفوذاً لحكم القاضي ولكن هل يجوزلها التزويج برجل آخر مع اعتقادها بحسب الفتوى بصحة العقد الاول ؟ فيه تردّد .

وان كانت هي المدّعية فجاز لها التزويج مضافاً الى وجوب تستّرها عنه وحرمة تبرزها عنده وأخذ ماله فهي كالخلية وأما الزوج فلايجوز له النظر اليها فضلا عن لمسها ووطئها وهل يجب عليه - نفقتها؟ والظاهر العدم اما لكونه من آثار الحكم أو من جهة عدم التمكن، والعمدة انه هل يجوز لها التزوج باختها من دون طلاق المرتضعة اكتفاءً بحكم القاضي؟ فيه تردّد كالتردّد في سقوط المهر عنه، وجه التردّد عدم اطلاق أو عموم أو ظهور يفي باثبات مطلق هذه اللوازم على قضائه .

واذا كان رأيه كفاية عشرة رضعات وحكم بصحة الزوجية فان كان دعوى البطلان من قبلها فلا شيء على الزوج المعتقد للصحة وهو ظاهر والظاهر وجوب التمكين عليها وفي جواز أخذ ماله بعنوان الانفاق والمهر نوع تردّد ويشكل نشر شعرها وترك التستر عند أبيه وابنه لمامرّ فافهم .

وان كان دعوى البطلان من قبله فحال الزوجة المعتقدة للصحة ظاهرة وأما هو فيجب عليه نفقتها ومهرها وقربها بمقدار الواجب ولايجوز له التزوج باختها لانه من الجمع بين الاختين في ظاهر الشرع فافهم ويشكل مسها ووطئها زيادة على المقدار الواجب لمامرّ . بل يشكل في المقدار الواجب اذا كان قادراً على طلاقها بل يحتمل وجوب طلاقها عليه اذا لم يقدر عن اجتنابها في غير المقدار الواجب من وطئها ومسّها والنظر الى بدنها والله العالم .

وكذا يشكل تزوج ثالث بها اذا يعتقد بحسب نظره اجتهاداً أو تقليداً بطلان دعوى المرأة ببطلان العقد فتأمل . وكذا الظاهر وجوب قضاء الصلاة

والصوم على الابن المتنازع فيه وان لم يثبت قول أبيه عند القاضي وأخذه غيره بحسب الموازين الظاهرية ولا يحرم له النظر الى اخته وعمته مثلا وفي وجوب نفقته على أبيـه احتمالان لعل أظهرهما الاول كما يجوز للاب الواقعي النظر الى زوجـة الابن المذكورة فلاحظ وتأمّل في قيام السيرة على خلاف ما ذكرنا وعدم قيامها ومايفهم من مذاق الشرع .

نقل وتأييد

وقفت على كلام للمحقق الرشتي في كتاب قضائه (ص١١١) بعدقولنا هذا بمدة، ننقله هنا تأييداً للمرام .

قال رحمه‌الله: هل المراد بحرمة النقض في مواردها الالتزام بآثار المحكوم به مطلقاً في نوعه أو في شخصه، أو بآثاره من حيث انفصال الخصومة ؟

مثلا اذا اختلف المتبايعان في نجاسة المبيع كالعصير الذاهب ثلثاه بالشمس وطهارته فحكم الحاكم بالطهارة ، ففي وجوب ترتيب جميع آثـار الطهارة على نوع العصير أو على شخصه المتنازع فيه ـ سواء وافـق اجتهاد المرتب أو تقليـده أم خالف ـ أوخصوص الاثر الذي بسببـه وقعت الخصومـة اعنى صحة البيع وتملك البايع الثمن من غير ترتيـب المشتري أوغيره سائـر آثار الطهارة كاباحة الاكل والصلاة ونحوهما اذا لم يساعـد تكليفـه وجوه أقربها الاخير لقصور الادلة عن الدلالـة على تحكيم الحكـم على تكليف الشخص الا من حيث انفصال الخصومة .

مسألة ٧ـ اذا تبدل رأى القاضي اجتهاداً أوتقليداً بعد اصدار حكمه فان علم بخطائـه من حيث الموضوع أو الحكم فالظاهـر وجوب النقـض لان حكمه

---

(١) ص٩٨ المصدر .

السابق باطل مستند اليه وهو السبب في التزام العامل بـه فلابد من ازالته وارشاد الجاهل ، وان كان تبدل الرأى بدليل اجتهادي آخر فهل يستمر نفوذه أويلغى أثره ويلزم القاضي اعلام الطرفين به؟ كما اذا حكم بصحة تزويج من ارتضعت مع الرجل عشر رضعات بفتوى عدم نشرها الحرمة ثم رأى نشرها الحرمة[١] ذهب صاحب الجواهر الى الاول اعتماداً على اصالة بقاء أثر الحكم وظهور أدلته في عدم جواز نقضـه مطلقاً وقال بعدم نقض الفتوى بالفتوى اذا كان مورد الاول ممايقتضى الاستمرار والبقاء وقد عمل به زماناً كالنكاح وغيره للاصل وغيره ولعدم الدليل على الفسخ به بل حاصل الادلّة خلافه كمايبقى على قاعدة الاجزاء مثل الصلاة والغسل والوضوء .

وان كان مورده لايقتضى الاستمرار كغسل النجاسة تنقض بالثانية فلو غسل مثلاشيئاً بالماء القليل الملاقى للنجاسة بفتوى عدم تنجسه بذلك ثم تغير رأيه وجب تجديد الغسل لان طهارة المغسول به مقيدة بمادام ظن المجتهد كذلك [٢].

أقول: الظاهر تبعية القضاء للفتوى في هذا المقام، فاذا قلنا بعدم ناقضية الرأى الثاني للرأى الاول مطلقاً أوفي بعض الموارد والاثار[٣] بقى القضاء نافذا وان قلنا بنا قضيته له فلامعنى لنفوذه بعد اعتراف القاضي بخطائه، بل لا يبعد وجوب الاعلام عليه .

مسألة ٨ : هـل يجب على الحاكم انفاذ ماحكم به قـاض اخر اذا طالبه المحكوم له من دون النظر الى ملاك حكمه ام لا بل له النظر ام لايجوز له الانفاذ قبل النظر؟ الظاهر هو الاول كما يقتضيه القاعدة نعم اذا شك في اهلية

(١) استظهر بعض المعاصرين عدم جواز نقض حكمه من المشهور .

(٢) ص ٩٨ وص ٩٩ ج ٤٠ الجواهر

(٣) ص ٨٥ ج ١ مستمسك العروة الوثقى

القاضي الاول قبل لم يجب الانفاذ ويأتي في المسألة (٣٧) مايتعلق بالمقام .

مسألة ٩ : لافرق بين القاضي المنصوب من قبل الحكومة الاسلامية وغيره فيما يتعلق بالترافع بعد حكمه والنظر والنقض .

وكذالافرق فيه بين بقائه على منصبه وعزله او انعزاله فانهما لايؤثران في قضائه السابق الصادرصحيحاً .

مسألة ١٠ : اذا ادعى المحكوم عليه جور حكم القاضي الاول وصدوره بلادليل وقال القاضي المذكور انما قضيت بعلمي اوادعى المحكوم عليه فسق الشهود وادعى القاضي عدالتهم لايبعد قبول قوله مالم يثبت كذبه لان علمه بالحال واعتقاده بالعدالة لايعرفان الا من قبله، واذا ادعى اصدار حكمه من دون شاهدين وقال القاضي الاول حكمت بالشاهدين فان أمكن احضارهما امره القاضي الحاضر به وان لم يمكن لبعد الزمان ونسيان القاضي المذكور اعيان الشهود فيمكن تقديم قوله والا لارتفع الامان من القضاء بفتح هذا الباب . فكل مايدعيه المحكوم عليه لابد له من اثباته .

و عن الشيخ انه اذا ادعى رجل ان المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين وقال المعزول لم احكم الا بشهادة عدلين يكلف البينة لانه اعترف بنقل المال وهو يدعى بما يزيل الضمان عنه .

اقول : تكليف القاضي باقامة البينة في الموارد المقتضيّة لها امر مشكل من جهة الاطلاقات ومن استلزامه ارتفاع الامان المذكور خصوصاً اذا نسى القاضي صورة الحال لطول المدة أوكثرة الشغل أوغيرها .

ويمكن التفصيل في جميع مواردالادعاء على القاضي بين امكان التحقيق لقرب الفاصلة وعدمه و على الثاني يكلّف باليمين دون البينة لكن اتمام كل ذلك بالدليل المعتبر مشكل وأشكل منه قول الشيخ المزبور مع مضي المدة

الكثيرة عن المرافعة والحكم والله العالم .

مسألة ١١ ـ اذا ظهر فسق الشهود أو فقد شرط آخر يجب على القاضي نقض حكمه بل جاز للمحكوم عليه نقضه، ولايجوزللمحكوم له وغيره ترتيب آثار الحكم المعتبر عليه. فان صحةالحكم موقوفة على شرايط فاذا ظهرعدم بعضها لغي الحكم، وكذا اذا علم المقلد فقد شرط في راوي الرواية التيأفتى بمضمونهامجتهدهفان مثلهذا الافتاء لايكونحجة فيحقمثله فجاز لهمخالفته[1].

مسألة ١٢ ـ : لابأس بجعل فردين جامعين للشرايط قاضيين اذا رضى المتخاصمان لعدمالمانع وللخبرالاتي واما اذالم يرضالمدعى عليه الا بواحد ففيه اشكال .

وعلى الاول ان اختلف القاضيان في الحكم ينفذ قول أفقههما وأعلمهما بالسنة وأورعهما ويلغو قول الاخر لحسنة داود بن الحصين بطريق الشيخ دون الصدوق ـ عن الصادق عليه السلام في رجلين اتفقا على عدلين جعلاهما بينهما في حكم وقع بينهما فيه خلاف فرضيا بالعدلين فاختلف العدلان بينهما عن قول أيهما يمضيالحكم؟ قال: ينظر الى أفقههما وأعلمهما بأحاديثنا وأورعهما فينفذ حكمه ولايلتفت الى الاخر [2].

وفي الموضوع رواية مفصلة اخرىلكنني لاأقبلها لجهالة عمر بن حنظلة، فالمرجح هو الاعلمية والاورعية فمع تساويهما فيهما يسقط الحكمان معاً ولا ينفذان للتعارض ومع وجود الاعلمية في أحدهما والاورعية في الاخر يشكل الترجيح وأن لايبعد ترجيح الاول عملا باللارتكازات وبناء العقلاء .

وفي فرض تساقط الحكمين يرجعان الى الاعلم منهما وفي رجوعهما الى

---

(١) لاحظ ص ١٢٥ ومابعدها من كتاب قضاء المرزا الرشتي ره .

(٢) ص٦٤ ج١٢ الوسائل .

ثالث مساو لهما في العلم اشكال من تعارض قضائه بقضاء أحدهما أو كليهما فلا أثر له ومن جهة صدوره بعد تساقط حكميهما فلا يعارضان حكماً معتبراً .

مسألة ١٣ ـ: لا بأس بتشكيل لجنة قضائية تتكون من جماعة جامعين للشرائط بل هي أولى بكثير من القضاء الفردي فان صدر الحكم بالاتفاق منهم ولو بتوسط واحد منهم بالوكالة فهو وان صدر بالاكثرية فان سكت الاقلية عن الراي كما هو المتداول نفذ الحكم بلااشكال وان حكمت الاقلية المخالفة بحكم مخالف للحكم الاول فالظاهر عدم العبرة في ترجيح الحكم بالاكثرية ، بل بالاعلمية والاورعية كما سبق ففي أي الفريقين وجد الاعلم نفذ حكمهم .

مسألة ١٤ ـ: القضاء واجب كفائي على المكلفين المستعدين له بلاخلاف كما عن الرياض ويمكن أن نستدل عليه بوجوه :

منها انه من الدعوة الى الخير ومن الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لكنه يوجب الحكم بعد معرفة الحق دون استماع أقوال المتخاصمين والنظر في البينة مثلا ومع المعرفة يجب الامر على كل أحد كفاية وان لم يجمع فيه شروط القضاء [1] ولا يجري هذا الوجه فيما اذا ترافعا من جهة الاختلاف في الحكم اجتهاداً أوتقليداً . وكذا بعض الوجوه الاتية الاخر .

ومنها فحوى مادلّ على وجوب الشهادة تحملا واداء من الكتاب والسنة ولا اتذكر من استدل به مع قوته .

---

(١) ص ٨٠ ج ١٨ الوسائل في كتاب القضاء للمحقق الرشتي (قده) : وحقيقة الفرق بين الامر بالمعروف والقضاء هو ان الالزام على وجه الامر بالمعروف لايزيد في تكليف الملزم عليه شيئاً على ما يقتضيه أدلة الامر بالمعروف والنهى عن المنكر من الالتزام بخلاف الالزام على وجه القضاء فانه سبب لوجوب الالتزام بما ألزم سواء طابق تكليفه أم خالف ... ص ٣٢ طبع مطبعة الخيام.

ومنها قوله تعالى: ياأيها الذين آمنوا كونوا قوّامين بالقسط (النساء١٣٥) بل قوله تعالى: كونوا قوّامين لله (المائدة ٨) لكن فيه تأمل والمتعين عدم دلالة الامر فيه على الوجوب بل الظاهر ارادة مطلق الرجحان بخلاف الامر في الاية الاولى فانه لاصارف لدلالته ولو دلالة عقلية على الوجوب فتأمل، .

ومنها قوله تعالى : انالله يأمر بالعدل والاحسان ... ان استفدنا الوجوب من الامر المذكور وقوله تعالى : اعدلوا هو أقرب للتقوى (المائدة ٨) بناء على شمول العدل للقضاء بالحق بل يمكن فهم الوجوب من قوله . . . ليقوم الناس بالقسط .

ومنها انه ممايتوقف عليه النظام وكل ماكان كذلك فهوواجب ، واشكال الجواهر عليه غيرواضح .

ومنهاصحيحة أبيخديجة المتقدمة فان الامتناع عنالقضاء ردّ عملي لجعل الامام عليه‌السلام وهو غيرجايز .

ومنها القطع بعدمرضى الشارع بترك القضاء بينالمسلمين رأساً والاكتفاء بمجرد توصيةالمتنازعين بالاصلاح والعفو مثلاخلافاً لجميعالانظمة العقلائية في العالم .

مسألة ١٥ : يجب القضاء تعييناً على المكلف اذا لميوجد غيره حسب القاعدةالمطردة لكن اذا وجد في بلد آخر امكن الذهاب اليه بصرفساعات من الوقت ومبلغ من النقود فهل يتعينالقضاء على الحاضر أملا؟ ولايحضرني كلام أحد في تحقيق المسألة بوجه دقيق ، ويمكن ان يعلق التعيين على مشقة السفر الى الثاني لاغلب المراجعين فان الله يريد بهم اليسر ولا يريد بهم العسر .

مسألة ١٦ : كما يجب القضاء يجب تحصيل مقدماته حتى تحصيل العلم

أما شرعاً وعقلا واما عقلا .

مسألة ١٧ ـ: لايجب القضاء بدون المرافعة وطلب المدعي لانه صاحب الحق ولذا يحسن منه العفو ومع الطلب يجوز بـل يحسن الاصلاح أوالامر بالاصلاح فان الصلح خير ولا منافاة بين وجوب القضاء ورجحانالاصلاح .

مسألة ١٨ـ : الظاهر حرمة أخذ الاجرة على القضاء من المتخاصمين أو الحكومة أوغيرهـا لصحيح عماربنمروان[١] وماأورد عليه خلاف الظاهر [٢] بليمكن تعميم الحكم لمايتعلقبالقضاء كالكتابة مثلا فانالذي جعل منالسحت في الصحيح اجور القضاة دون الاجرة على القضاء فقط الا ان يدعي انالاجر على الكتابة مثلا من اجور الكتاب دون القضاة فتأمل .

نعم اذا اشترط عليه الحكومة الاسلامية عدم أخذ اجرة الكتابة ونحوها كماهو المتداول اليوم حرم الاخذ مطلقاً .

مسألة ١٩ـ: لافرقبين الاجرة والجعل علىالاقوىلشمول الرواية لكليهما كمالايخفى .

مسألة ٢٠ـ: القدر المتيقن من جواز ارتزاق القاضي من بيت المال انما هو فرض احتياجه واستحقاقه، واما اذا كان غنياً فمع المصلحة يجوز للحكومة رزقه منها ومع عدمها ففيأخذه منها تردّد وكذا اذاتعيـّن وكان غنياً ففيأخذه الرزق وجهان وعن المسالك نسبة المنع الى الاشهر .

مسألة ٢١: لابأس بمطالبةالقاضي اجرة السيارة الى مجلس القضاء وآلة التبريد وغيره في الصيف والشتاء وكذا لوازم مجلس القضاء .

---

(١) ص٦٤ ج ١٢ الوسائل

(٢) لاحظ ص٤ ج١ مباني تكملة المنهاج .

مسألة ٢٢: يجوز أخذ الاجرة على الاصلاح عملا بالقاعدة وعدم المانع .

مسألة ٢٣: يحرم بذل المال للقاضي بغرض احقاق الباطل وابطال الحق لقوله تعالى: ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوابها الى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون (البقرة ١٨٧) ولافرق بين أكل المال وساير أنواع الظلم في الغاية حسب المتفاهم العرفي ويدل على حرمته أيضاً مادلّ على حرمة اعانة الظالم كما بيّناه في بحث المحرمات[١] وأما ما في الجواهر[٢] من الاستدلال عليه بحرمة اعانة الاثم فممنوع لعدم الدليل على حرمة اعانته مطلق الاثم كمابيّناه أيضاً فيها[٣] .

مسألة ٢٤ : يجوز بذل المال له اذا توقف التوصل الى حقه لعدم دلالة ما مر على المنع حينئذ بل في الجواهر [٤] لااجد فيه خلافاً لقصور ادلة الحرمة عن تناول الفرض ...

أقول : اذا فرض قصور الادلة المانعة فلا فرق بين توقف التوصل عليه وعدمه بل يجوز بذل المال مطلقا حتى تسهيلا لوصول الحق والتفصيل بين الصورتين محل نظر، ثم الحق ان حرمة كل من الاخذ والبذل تستلزم حرمة الاخر حسب المتفاهم العرفي، وسيأتي ان اخذ الرشوة حرام مطلقا فليكن بذلها أيضاً كذلك وان لم يدل مامر على حرمته، لكن أدلة نفي الضرر تجوز البذل عند توقف الحق عليه فيبقى

(١) ص٤١ ج٢ حدود الشريعة في محرماتها .

(٢) ص١٣١ ج٤٠ الجواهر .

(٣) وأما صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام : أي مؤمن قدم مؤمناً في خصومة الى قاض أوسلطان جائر فقضى عليه بغير حكم الله فقد شركه في الاثم ص ٣ ج١٨ الوسائل فلااطلاق فيها يحرم الاعانة في مطلق الاثم فيختص بمورده .

(٤) ص١٤٥ ج٢٢ .

غيره الا ان يدعي اختصاص الرشوة بحسب الوضع او بحسب اطلاق الكفر عليها في الرواية بابطال الحق فقط وعدم شموله لاحقاق الحق فيعدم الاطلاق من البين .

مسألة ٢٥ : يحرم اخذ الرشوة ـ مثلثة ـ على القاضي بلا خلاف ولا اشكال بل قيل انه ضروري بين المسلمين في الجملة ، وفي موثقة سماعة عن الصادق عليه السلام الرشا في الحكم هو الكفر بالله (١) .

ومثله صحيحة عمار وموثقة اخرى لسماعة وغيرها (٢) ولا يبعد كونها بمعنى مطلق الوصلة الى الحاجة ولو كانت حلالا غير حرام فيحرم اخذها مطلقاً .

ثم انه لاشكال في تحققها في ضمن بذل المال كالهدية والهبة والعارية والوقف ـ وعقد المحاباة ونحوها فيبطل جميعها وفي شمولها للاعمال والاقوال كمدح القاضي واتيان حوائجه واظهار تعظيمه نظر ربما يقوي في البال العدم خلافاً للجواهر (٣) وان قد تحرم على الفاعل من جهة الاذلال او الكذب أو الاعانة على الظلم ونحو ذلك واما حرمة الاستماع على القاضي او وجوب رده عمل الفاعل مثلا فغير مدللة .

مسألة ٢٦ : اذا اعطي للقاضي الخمس او الزكاة بقصد التوسل للحكم ورشوة فقيل بحرمته وعدم ملكية القاضي لهما لاشخصا ولا ولاية على الفقراء بمعنى انه لايدخل في ملكهم فان عنوان الرشوة مفسد للمالية كمفسدية الرياء في العبادة .

نعم في صورة عدم بقاء المال عند صاحبه الا بمقدار الخمس او الزكوة

(١) ص١٦٢ ج١٨ الوسائل .

(٢) ص٦٢ ج١٢ المصدر .

(٣) ص١٤٧ ج٤٠ .

تحصل الملكية لانه اعطاء مال نفسه بخصوصه لمكان تعينه له فتأمل انتهى وفيه نظـر أومنع .

مسألة ٢٧ : اختيار تعيين القاضي بيد المدعي كما عن المشهور المدعى عليه الاجماع وهذا هو المختارلان له اثبات حقه باي وجه شاء .

واما في التداعي فالاختيار بيدهما معاً فان اتفقا على احد او اثنين فهو وان اختلفا فالقرعة لعموم دليلها .

وربما يقال بتقديم مختار من اختار الاعلم ولوكان المختار المدعى عليه لما يأتي مـن اعتبار اعلمية القاضي في البلد ، لكن الاعتبار المذكور لادليل عليه .

مسألة ٢٨ : يجوز للقاضي تقسيم الميراث بين الورثة اذا كان فيهم صغار لموثقة سماعة قال : سألته عن رجل مـات وله بنون وبنات صغار وكبار مـن غيروصية وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث؟قال عليه السلام ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلابأس [1] فاذا جـاز ذلك للثقة جاز للقاضي بطريق اولى .

وكذا يجوز له بيع أموال من يموت بغير وصيـة وله ورثة كبار وصغار لصحيح اسماعيل بن سعد عن الرضا عليه السلام الدال علـى جوازه اذا قام عدل في ذلك ورضى الورثة بالبيع ولصحيح البزنطي [2] .

وعلى الجملة القاضي انكان مجتهداً فله الولاية الثابتة بالادلة المعتبرة ، وان لم يبلغ مرتبة الاجتهاد فقد جوّزنـا له القضاء بمعتبرة ابى خديجة . وغير القضاء من المناصـب والافعال المختصة بالفقيـه لايجوز لـه التشبث بها الا

---

(١) ص٤٧٤ ج ١٣ الوسائل .

(٢) ص٢٧٠ ج١٢ .

اذا دلّ الدليل عليه بخصوصه كتقسيم الميراث ونحوه أو اذن له الفقيه الجامع للشرائط .

ويمكن أن نجوّز له اجراء الحدود والتعزيرات كالامر بالقصاص وحدّ القذف ونحوه بل نجوز له كل ماجاز للقضاة الحكوميين (الرسميين) في عصر الصادق عليه السلام الا ماورد الدليل على منعه بخصوصه، تنزيلا للجعل الصادر عنه عليه السلام على ماهو المتداول ، فتأمل فيه .

القول فى شروط القاضى

مسألة ٢٩ : يعتبر في القاضي امور :

اولهـا العقل واعتباره واضح بل يعتبر كمالهاى الرشد فـلا يصح قضاء السفيه وقد قيل انه لاخلاف فيه ، ولعل مدركه بناء العقلاء عليه .

ثانيها البلوغ ، ثالثها الذكورة ، لان الوارد فـي الروايات المعتبرة هـو الرجل فلا دليل على انفاذ قضاء الطفل والمرأة، نعم اطلاق بعض الايات المتقدمة المستدل بها على وجوب القضاء يشمل المرأة أيضاً وكذاقاعدة الاشتراك .

الا ان يقال القضاء كتجهيز الميت في احتياجهما الى اذن الولى وعدم كفاية الادلة الدالة على الوجوب الكفائي بمجردهـا للمباشرة كما نقلناه عن القوم ولم يثبت اذن ولي المؤمنين للمرأة ، وقاعدة الاشتراك لامسرح لهـا بعد اتفاق اهل الفتوى على الاختصاص .

رابعها طهارة المولد للاجماع المنقول وفحوى ما دل على المنع من شهادته وامامته فتدبر .

وخامسها الايمان للروايات الكثيرة واعتباره فليكن ضروريا في الفقة لكن الظاهر جواز نصب غير المؤمن من قبل الحكومة الاسلامية علـى امثاله لعدم

الدليل على المنع .

سادسها العدالة للاجماع المنقول وفحوى ما دل على المنع من شهادته وامامته وولايته على يتيم[١] وكون الركون اليه من الركون الى الظالم ، والعمدة هو الفحوى الثابت من اعتبارها في الشهادة ان شاء الله تعالى والا لقلنا بكفاية كونه صالحاً صادقا وان لم يكن عادلا .

سابعها الضبط وعدم غلبة نسيانه على ذكره لانصراف الدليل عن مثله ، ولبناء العقلاء على عدم تاهله لمثل هذا المنصب ويحرز هذا الشرط بالاصل .

ولايبعد ان يكون هذا شرطا للجواز والنفوذ معا فلا يجوز لغير الضابط التصدى للقضاء اذا لم يطمئن بصحة قضائه حسب الموازين الشرعية ففي صحيحة معاوية بطريق الصدوق عن الصادق عليه السلام اى قاض قضي بين اثنين فاخطأ سقط ابعد من السماء [٢] .

ثامنها الكتابة .

تاسعها الحرية .

أقول لادليل على اعتبارهما ، وعلى اعتبار النطق والسمع ونحو ذلك فاذا امكن القضاء بدونها جاز ونفذ والا فلا بد من اعتبارها واعتبار كل ما يتوقف عليه القضاء . عاشرها العلم واعتباره في جواز القضاء ونفوذه فليكن واضحا مفروغا عنه .

مسألة ٣٠ : هل يعتبر ان يكون العلم بالاحكام ومسايل القضاء اجتهاديا مأخوذاً من الادلة التفصيلية ام يكفي كونه عن تقليد صحيح ؟ وعلى الاول هل يكفي علمه بالمسألة المتنازع فيها ام لابد من كون القاضي مجتهداً مطلقاً ويكون

---

(١) ص٢٧٠ ج ١٢ الوسائل .

(٢) ص ١٨ ج١٨ الوسائل .

المتجزى كالعامي في عدم نفود قضائه ؟

قيل لاخلاف بل ادعي الاجماع على اعتبار الاجتهاد وعدم كفاية التقليد لوجوه:

منها انه القدر المتقين في نفوذ القضاء لعدم اطلاق لفظي في البين وانما اوجبناه لحفظ النظام . ويضعفه ما مرمنا من الاطلاقات .

ومنها رواية عمر بن حنظلة ففيها .. ينظر ان من كان منكم ممن قد روي حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا فليرضوا به حكماً فاني قد جعلته عليكم حاكماً [1] ويرده ضعف السند بعمر المذكور ولاتجبرها الشهرة ان تحققت على المختار وان سميت الرواية في لسان بعضهم بالمقبولة فلا يقيد بها اطلاق صحيحة ابى خديجة .

ومنها صحيحة ابي خديجة المتقدمة لكن دلالتها على عدم اعتبار الاجتهاد المطلق واضحة ، ومقتضى اطلاقها واطلاق بعض الايات المتقدمة كفاية مطلق العلم ولو عن تقليد معتبر وهذا هو الاظهر وقد بيّنه صاحب الجواهر (قده) أحسن بيان .

لايقال : قوله في صحيح داود بن الحصين . . . الى افقههما و أعلمهما بأحاديثنا [2] يدل بوضوح على اعتبار الاجتهاد اذ لا علم للمقلد بالاحاديث .

فانه يقال : نعم لكنه من المرجحات عند التعارض ومن الواضح انه ليس كل مرجح بمعتبر في الحجية، ولذا لايعتبر شيئاً من المرجحات المقررة في باب تعارض الروايات في حجية الخبر .

ويقال ان أول من ذهب الى جواز قضاء العامي و عدم اشتراط الاجتهاد هو المحقق القمي رحمه‌الله واما مافصله واطاله المرزا حبيب‌الله الرشتي (قده)

---

(١) ص٩٩ ج١٨ الوسائل .

(٢) مر الحديث في المسألة الحادية عشرة .

من اعتبار الاجتهاد ومنع قضاء المقلد في كتاب قضائه فأظنه غير مفيد كما يظهر وجهه مما ذكرناه هنا .

نعم اجاز قضاء المقلد في فرض الاضطرار باذن المجتهد ونصبه مقلداً عالما غير مجتهد وأوجب عليه القضاء بفتوى الناصب دون فتوى من يقلده .

لكنه ايضاً ممنوع لعدم جواز القضاء الا عن فتوى صحيح فاذا فرض اعتقاد القاضي بأعلمية مجتهده من المجتهد الناصب كيف يجوز له القضا بفتواه خصوصاً اذا كان المترافعان يقلدان مجتهده حتى اذا شرط الناصب عليه القضاء بفتواه .

نعم يمكن ذلك فيما اذا كان المترافعان مقلدين للناصب فلاحظ ولافرق فيما ذكرنا بين فرض الاضطرار والاختيار والله العالم، وذهب المحقق الاشتياني في كتاب قضائه الى مايقرب مذهب المرزا ـ وكلاهما معاصران ومن تلامذة الشيخ الانصاري قدس الله اسرارهم ـ لكن اقواله ايضاً غير مقنعة و الحق احق بالقبول .

مسألة ٣١ : لاتعتبر اعلمية القاضي ممن في البلد حتى اذا علم اختلاف الاعلم مع غير الاعلم في القضاء لاطلاق صحيحة ابي خديجة السابقة وظهور صحيحة داود بن الحصين خلافاً للمنسوب الى المعروف من اعتبارها وماعن أمير المؤمنين عليه السلام من قوله في عهده الى الاشتر : اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك . يحمل على الارجح فان الافضلية اوسع مفهوماً من الاعلمية ولم يقل احد باعتبارها.

مسألة ٣٢: قيل لايعتبر الاجتهاد في قاضي التحكيم وهو من يختاره المتنازعان للتحاكم اليه لاطلاق قوله تعالى ﴿واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ واطلاق رواية ابي خديجة السابقة وصحيح الحلبي قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام : ربما كان بين الرجلين من اصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجل منا، فقال:

ليس هو ذاك انما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط (١).

ولعل المعروف بينهم اعتبار جميع مايشترط في القاضي المنصوب عن الامام عدا الأذن (٢).

اقول: لابد من تقييدصحيح الحلبي بغيره مما دل على اعتبار العلم والعدالة وغيرهما لعدم احتمال نفوذ قضاء الرجل الجاهل المتجاهر بالفسق المتولد من الزنا مثلا، وأدلة شروط القاضي بعدفرض تماميتها لاتفرق بين المنصوب وغيره فافهم والاية ورواية ابي خديجة الجمال قد عرفت نظارتهما الى المنصوب ولا اقل من كون الاية مطلقة غير مختصة بقاضي التحكيم ودعوى الاختصاص تحكم بارد .

وعليه فلاموضوع لقاضي التحكيم اذ كل من وجد فيه الشرايط المعتبرة فهو منصوب بالأذن العام وان فقد بعضها لايصح قضائها لعدم الدليل .

نعم اذا ثبت اعتبار الاجتهاد في القاضي المنصوب امكن صحة تقسيم القاضي الى المنصوب وقاضي التحكيم لتحققه في العلماء غير البالغين حد الاجتهاد و لكنه لم يثبت فتلغو القسمة رغم دعوى الاجماع عليها . ويحتمل تصحيحها بعدم اعتبار طهارة المولد والعدالة في قاضي التحكيم بل يكفي علمه وصدقه .

مسألة ٣٣ : ذكر جمع ان كل من لاتقبل شهادته لشخص أوعليه لاينفذ قضائه كذلك كشهادة الولد على والده والخصم على خصمه ولكنه لم يذكروا له دليلا مقنعاً فالاظهر نفوذ قضائه وان فرض عدم قبول شهادته .

---

(١) ص ٥ ج ١٨ الوسائل .

(٢) لاحظ ص ٢٨ ج ٤٠ من الجواهر .

مسألة ٣٤ : يحرم القضاء على من لم يجمع فيه الشروط المذكورة وهو موضع وفاق بين اصحابنا وقد صرحوابكونه اجماعياً كما عن المسالك لظهور النص والفتوى في كونه من المناصب المختصة بالامام على نحو لايجوزلغيره التصدي له الا باذنه ، وقد سبق ان العمدة في اثباته صحيحة سليمان بن خالد وفي دلالتها على الحرمة النفسية اشكال ما .

نعم لا شك في حرمته في فرض جهل المحكوم عليه وأخذ المال منه أو حبسه واحضاره الخصم بغير رضاه ونحو ذلك من التصرفات ، واما مع العلم بحاله وببطلان قضائه فاثبات الحرمة الذاتية محل اشكال والله العالم .

نعم يمكن ان يقال ان العلم والضبط يشترطان في جواز القضاء وغيرهما شروط للصحة والنفوذ فلايجوز لغير العالم والضابط القضاء مطلقاً وان عرفه المتنازعان وعلما بطلان قضائه لاطلاق بعض الروايات كصحيح ابي بصير على اشكال في محمد بن حمران الواقع في السند عن الصادق عليه السلام من حكم في درهمين بغير ماانزل الله عزوجل فهو كافر بالله العظيم(١).

وصحيح ابي عبيدة عن الباقر عليه السلام : من افتى الناس بغير علم ولاهدى عن الله لعنه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب ولحقه وزر من عمل بفتياه (٢) .

~~لكن ذيل الصحيح يصلح بيانا للمقام فتأمل .~~

وأما قوله تعالى واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل فيشكل استفادة الاطلاق بالنسبة الى عدم اعتبار شروط القاضي منه لاحتمال كونه ناظراً الى لزوم القضاء بالحق والمنع عن القضاء بالجور والباطل فتدبر .

مسألة ٣٥ : اذا علم القاضي المنصوب من قبل الحكومة الاسلامية فقدان

(١) ص١٨ ج الوسائل .

(٢) ص٩ المصدر .

بعض الشروط في حقه لايجوز له تقبل المنصب والتصدى للقضاء وكذا اذا كان ولى الامر او نائبه عارفاً بحاله ومع ذلك نصبه للتقية واما اذا نصبه لضرورة اخرى جازله القضاء وجاز للمكلفين الترافع اليه في هذه الصورة دون الصورتين الاولتين ، ونصب شريح وابقائه على القضاء يحتمل كلا الوجهين .

مسألة ٣٦: يحرم الترافع الى من ليس اهلا للقضاء . لقوله تعالى الم تر الى الذين يزعمون انهم آمنوا .. يريدون ان يتحاكموا الى الطاغوت وقد امروا ان يكفروا به ... (النساء ٦٠) لكن المتيقن من الطاغوت الظالم المتعدى الذي يحكم على هواه وبغير ماانزل الله كما يظهره مما بعد الآية ومنه القضاة الفسقة المنصوبة من قبل الحكومات غير الاسلامية والمستخدمين في الأنظمة اللاشرعية كما دلت عليه الروايات(١).

أما الترافع الى مطلق من ليس جامعاً للشرايط كبعض علماء أهل الحق الذين لايجورون في الحكم ولكن يفقدون بعض الشروط كالعدالة والذكورة بل البلوغ فلاتشمله الآية والروايات فيمكن ان يقال بجوازه توصلا الى حقه ولو من باب التقاص مع اعتقاده بطلان حكمه ونفوذ قضائه شرعاً الا ان ينعقد الاجماع على حرمته بل عن المسالك ان ذلك (الترافع الى من ليس اهلا للقضاء) كبيرة عندنا واستدل عليه سيدنا الأستاذ الحكيم (قده) بما دل على حرمة الاعانة على الاثم وما دل على حرمة الامر بالمنكر وببعض الروايات (٢).

لكن الاولين غير تامين في انفسهما وغير شاملين لما نحن فيه على الفرض والأخير قد ذكرنا ان المعتبر منه غير دال على المنع . وعلى ذلك يمكن التفصيل بين فقدان الشرايط في حرمة الترافع ولذا قال الصادق عليه السلام في صحيح ابن

(١) لاحظ اول كتاب القضاء من الوسائل ج ١٨ .
(٢) ص ٧١ ج ١ مستمسك العروة الوثقى الطبعة الثالثة .

سنان المذكور في أوايل كتاب القضاء من الوسائل ايما مؤمن قدم مؤمنا في خصومة الى قاض أو سلطان جائر فقضى عليه بغير حكم الله فقد شركه في الاثم فلاحظ وتأمل .

وعلى كل حال لااشكال في جواز الترافع اليه في فرض توقف حصول حقه عليه لقاعدة نفى الضرر بل يجوز الحلف كاذباً حينئذ (١).

مسألة ٣٧ : المعروف المدعى عليه الاجماع حرمة ماأخذ بحكم الحاكم غير الجامع للشرايط وان كان الاخذ محقا بلافرق بين العين والدين . أقول : مقتضى القاعدة الاولية حلية العين. وأماالدين فانكان الاخذ غيرعالم باستحقاقه فحرمة اخذه واضحة وان كان عالماً فان قلنا باختصاص جواز التقاص بصورة عدم التمكن من الترافع الى الحاكم الشرعي فالحرمة أيضاً ثابتة لعدم مجوز للتصرف في مال الغير مع فرض بطلان الحكم ، وان فرض جواز الترافع تكليفاً . واما ان قلنا بجواز التقاص مطلقاً فالحرمة محتاجة الى دليل معتبر.

ورواية عمروبن حنظلة لانقول بحجيّتها. بل مقتضى اطلاق موثقة ابن فضال عن الرضا عليه السلام جواز الاخذ ففيها... هو أي الرجل يعلم انه ظالم فيحكم له القاضي فهو غيرمعذور في أخذه ذلك الذي قد حكم له اذا كان قد علم انه ظالم (٢) .

والظاهر ارادة القضاة الجائرين لان الرواية تفسر قوله تعالى وتدلوا بها الى الحكام .

مسألة ٣٨: اذا ادعى المحكوم عليه عدم علمه بعدالة القاضي أو علمه

---

(١) ص١٣٤ ج١٦ الوسائل .

(٢) ص٥ ج١٨ .

مثلا فان كان القاضي منصوباً من قبل الحكومة الاسلامية لايسمع ظاهراً للسيرة بل ولبناء العقلاء فتأمل .

ومن هنا يظهر الحال في اطلاق ماذكرناه ذيل المسألة الثامنة وأما اذا ادعى علمه بعدم عدالته فيسمح له بالاثبات وكذا اذا لم يكن منصوباً من قبلها وانما الاشكال في فرض ادعاء شكّه في عدالة القاضي غير المنصوب من قبلها وانما قضى بالاذن الشرعي. من اقتضاء القاعدة عدم نفوذ حكمه عليه فانه شاك في شرط النفوذ ومن استلزامه سد باب نفوذ القضاء لامكان الادعاء المذكور من كل محكوم عليه فتأمل .

مسألة ٣٩: يصح للقاضي أن يحكم بعلمه كما يحكم بالبينة والاقرار واليمين بلافرق بين حقوق الله وحقوق الناس لصدق الحكم بالحق والعدل الوارد في الكتاب والسنة ولان العلم حجة عقلية وحاك عن الواقع. والحصر في قول الرسول الاعظم ﷺ : انما اقضى بينكم بالبينات والايمان و بعضكم الحن بحجته من بعض فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فانما قطعت له قطعة من النار [١] ناظر الى مايتوقع الناس من حكمه بعلم النبوة والغيب لا الى مطلق غير البينة واليمين حتى يسقط الاقرار أيضاً عن الاعتبار .

وهذا أي جواز الحكم بالعلم هو المعروف المدعى عليه الاجماع و المخالف نادر نعم لايجوز له اقامة الحدّ في حقوق الناس قبل مطالبة صاحب الحق .

ويقال ان في المسألة أقوال أربعة للفقهاء .

أولها عدم جواز القضاء بعلمه مطلقاً .

ثانيها جوازه مطلقاً .

---

(١) ص١٦٩ ج١٨ الوسائل صحيحة هشام عن الصادق .

ثالثها الجواز في حقوق الناس دون حقوق الله .

رابعها عكس الثالث، والاصح هو الثاني كماعرفت .

مسألـة ٤٠ : لا يجوز اصدار الحكم بالبينـة واليمين والاقـرار اذا علم القاضي كذب الشهود والحالف والمقرّ ولايجب عليه سماع الدعوى والشهادة اذا علم بكذب الدعوى وهذا واضح .

مسألة ٤١: قال الشهيد في قواعده: اذا ادعـى الى الحاكم ويعلم براءة ذمته لاتجب الاجابة الاّ أن يخاف فتنـة، ولوكان المدعى بـه عينا وسلمها لم تجب الاجابة، وكذا لوكان معسراً وعلم انه يحكم عليه بجور بل ربما حرّم كمافي القصاص والحدّ لانه تعريض بالنفس الى الاتلاف[١] .

أقول: واذا دعاه الحاكم وجب عليـه اجابتـه الاّ في الفرض الاخير مع القطع بالبراءة، فان علمه ببراءة ذمتـه لاينافي وجوب اجابة الحاكم للحضور في مجلسه والجواب عما يسأله الحاكم، والظاهر ان مراد الشهيد فرض تحقق الطلب من قبل غيرالحاكم كالمدعي كمايستفاد من أول كلامه المذكور . نعم يرد عليه انه حينئذ لاتجب الاجابة حتى مع الشك في براءة ذمته :

---

(١) ص١٩١ ج٢ الطبعة الجديدة بقم ذيل القاعدة (٢١٦) .

القول فى أحكام الدعوى

مقدمة في بيان المدعى و المنكر

المدعي هـو الذي يدعى شيئاً على آخـر ويكون مكلفاً باثباته فلاحقيقة شرعية له سوى معناه العرفي كما حققه صاحب الجواهر[1] وعن المشهور انـه هو الذي يترك لو ترك الخصومة .

وأورد عليه بعدم الانعكاس فان الدعوى قد تكون لتحقق الحق على الغير وقد تكون للخروج من حق الغير عليه كدعوى الاعسار والوفاء واداء المغصوب والوديعة وغيرها مما لايترك لو ترك وكدعوى الزوج عدم التصرف بالزوجـة مـع الخلوة فانه مدع عندهم ولايترك لو ترك الدعوى فانها تطالبه بتمام المهر بدعوى دخوله بها والفرض ان القول قولها مع الخلوة وقيل ان مدعي فساد المعاملة يطالب بالمبيع أو الثمن ولايترك لو ترك وعن بعضهم انه الذي يدعي خلاف الاصل وعن ثالث انه الذي يدعي أمراً خفياً منافياً لظاهر الشرع وعن الرابع الترديد بين خلاف الاصل والامر الخفي ويفهم معنى المنكر من هذه الكلمات أيضاً فانه في مقابل المدعي .

---

(١) ص ٢٧١ ج ٤٠ الجواهر

وأورد على الثاني انـه ان اريد مخالفة كل أصل ففيه ان كثيراً من أفـراد المدعي موافقـة لاصل العدم وغيره ولكنها مخالفة لاصل الصحة ونحوه وان اريـد مخالفة بعض الاصول فلا يتميز عن المنكر الذي قـد يخالف أصلا من الاصـول .

وان شئت تفصيل الكلام حول الاقوال فلاحظ المطولات[1].

تتميم

قال الاصولى العراقي فى ص ١٠٦ كتاب قضائه :

ثم انه لوشك فى مورد تشخيص المدعي عن المنكر من جهة عدماحراز حجة شرعية أوعرفية ففي الاكتفاء بالبينة نظر... من جهـة الشك فى ميزانيتها بعد اقتضاء التفصيل قطع الشركة فى عموم البينـة على المدعـى الخ وحينئذ فلوأقام أحد الطرفين بينـة فان حلف على طبق دعواه مع رضا غيره بحلفـه فيحكم لـه للعلم الاجمالـي بوجود الميزان والاّ فلا مجال للحكم على طبق واحد منهما فىظرف انفراده عن غيره للشك فى قيام ميزان الفصل فىالمسئلة وحينئذ فمافـي الجواهر من ان عموم دليل البينـة يقتضي الحكم على طبقه منظور فيه انتهى .

أقول سيأتي ان الاظهر هو قول صاحب الجواهر .

مسألة ٤٢ : يشترط في سماع الدعوى امور :

١ ـ عقلالمدعي واعتباره واضح فلايسمع القاضي دعوى المجنون وغير المميز ونقل عن جمع اعتبار الـرشد لكنه في مثل القتل والجرح والغصب وغيرها مما ليس تصرفاً مالياً لادليل عليه وأما فيه فـلابأس باعتباره فان السفيه

---

(١) كالجواهر وقضاء الاشتيانى وقضاء الرشتى والقواعد الفقهية وغيرها .

ممنوع من التصرف المالي فلاأثـر لدعواه كما قيل لكن فيه تأمل ربما يظهر وجهه من البحث حول البلوغ .

٢ ـ بلوغه ، ولاخلاف في اعتباره كما قيل، واستدل له بالاجماع ودعوى انصراف الادلة عن الطفل ، بل وعدم صدق الدعوى على ادعائـه فانها انشاء يترتب عليه أحكام وعبارته مسلوبة عنه لاتفاق النص والفتوى على عدم جواز أمره حتى يبلـغ .

أقول : الاجماع منقول وعدم صدق الدعوى على دعـواه ممنوع ، اذ لم يثبت اتفاق النص والفتوى على سلب عبارته بهذا المقدار .

وأما الانصراف فيمكن أن نوجهه بما أفاده سيدنـا الاستاذ دام ظله من ان القضاء لاجـل فصل الخصومة بين المترافعين غير متحقق في حق غير البـالغ لعدم الاعتبار باعترافه واحلافه وحلفه اذا رد عليه، نعم اذا حضر وليه المتمكن من اقامة الدعوى بالبينة والاحلاف والحلف أمكن القضاء لكنه لادليـل على وجوب تصدي القضاء في مثله على القاضي .

ثم ذكر وجوب سماع دعوى الطفل في فرض عدم تمكـن وليه من اقامة البينة حفظاً للنظام فان أقام البينة والا تؤجل الدعوى حتى يبلـغ[1] .

أقول: يمكن أن يقال ان العمدة في المقام هي صحيحة أبي خديجة وصحيحة الحلبي المتقدمتان وعـدم شمولهما لـدعوى للاطفال واضح لكـن في شمول الايات الامرة بالعدل والقسط كفاية وقد مر نقل بعضها فافهم .

يقول المحقق العراقي في كتاب قضائه (ص١٠٨) بـل العمدة عدم سلطنة غير البالـغ على مطالبـة الحق الثابتة حتى في حـال الشك في ثبوت حقيتـه ، والسلطنة على الدعوى من شئون تلك السلطنة وفروعها .

---

(١) ص ٤٣ ج امباني تكملة المنهاج

أقول هذا القول غير بين ولامبين .

فالاظهرعدم اعتبار بلوغه في المقام فلابد للقاضي من سماع دعواه واحضار من يدعي عليه وتحقيق الحال فان احتيج الى وليه أحضره والى وكيل نصبه من باب الحسبة ، نعم لايصح حلفه اذا رد عليه وأما حلف منكر دعواه فان قلنا بتوقفه على احلاف المدعي ففي المقام لايصح لعدم الاعتبار باحلاف الصبي وان قلنا بعدمه وانه من شأن القاضي بعد ادعاء المدعي وعدم اقامته الدعوى فهو معتبر يقطع به الدعوى المذكورة .

بقي شيء لم يتعرض لـه أحد من الفقهاء على ماأعلم وهو اعتبار العقل والبلوغ بل والرشد في الماليات في المدعي عليه ، واثبات بعض المحرمات على المراهق والمميز بغرض تعزيره ليس من الدعوى في شيء بل يرجع الى الشهادة ولاأعلم وجهاً ظاهراً لسكوتهم عن ذكر اعتبارها في حقه .

والاقوى عدم اعتبار البلوغ فيه أيضاً فاذا أتلف غير البالغ مال أحد فلـه اقامة الدعوى وطلب الخسارة من مالـه بتوسط وليه، نعم لايتوجه اليه اليمين وليس له ردها فان أقام المدعي البينة والاتؤجل الدعوى.

٣ ـ أن يدعي لنفسه أو لمن له حق الدعوى عنه بالولاية والوكالة والوصاية فلاتسمع الدعوى من أجنبي بلاخلاف لعدم أثر لها .

أقول: والصحيح صحة الدعوى اذا كان لمدعيه نحو تعلق كدعوى المرتهن والودعى والمستعير والملتقط وأمثالهم اذا ادعوا غصب العين على أحد وكدعوى أحد الورثة أو الشركاء مالا مشتركاً على أحد ونحو ذلك ، نعم لاتسمع دعوى الاجنبي الذي لاربط له بالمدعي أو بالدعوى بوجه لما مر من عدم لزوم القضاء من غير طلب صاحب الحق .

مسألة : ٤٣ : اذا كان المدعي غير صاحب الحق كالولي والوصي ونحوهما

فله اقامة البينة واحلاف المنكر فان الثابت في الروايات ذلك لعنوان المدعي وان رد الحلف عليه وكان عالماً فحلف ثبت الحق استناداً الى مادل على ثبوت الحق بحلف المدعي من دون اختصاص له بحلف صاحب الحق كما نسب الى المشهور فلاحظ وتأمل .

وأما اذا لم يحلف فسقطت الدعوى من جانب المدعي ولصاحب الحق تجديدها ان شاء لعدم الدليل على سقوط حقه بعدم حلف وكيله أو وليه مثلا.

مسألة ٤٤ : اذا أقام الاجنبي بينة على اثبات أمر رتبت عليها الاثار وان لغت الدعوى ، وذلك لعموم حجية البينة بالنسبة لكل أحد ولايشترط اعتبارها بكون مقيمها صاحب الحق أو وليه مثلا ،كما لايشترط بدعوى المدعي خلافاً لماحكى عن الشيخ نعم اذاكذبها المدعي سقطت من الاعتبار ، فتأمل .

٤ ـ أن تكون الدعوى ممكنة عقلا وعادة وشرعاً فلايسمع دعوى المسلم على غيره خمراً أو خنزيراً وهذا ظاهر .

٥ ـ أن يكون للدعوى أثر شرعي فلاتصح دعوى الهبة والوقف من دون اقباض وكذا دعوى البيع الربوي والدعوى على عدد غير محصوركان يدعي مالا على أحد من أهل وطنه وكذا اذا ادعى شيئاً ولم يذكر المدعي عليه، نعم يسمعها الشرطة تحفظاً على الامن والفحص عن المجرم. واعتباره أيضاً واضح وأما اذا ادعى على جمع محصور ففيه بحث يأتي .

٦ ـ أن يكون المدعي به معلوماً بوجه ما ، فلاتسمع دعوى المجهول المطلق كدعوى ان لي عنده شيئاً للترددبين كونه مماتسمع فيه الدعوى ومالاتسمع فيه. ونفى صاحب الجواهر[1] الريب فيه ، لكن فيه نظر فان احتمال ادعاء مالا مالية له مدفوع ببناء العقلاء على عدمه واحتمال ادعاء مالا يملك مدفوع باصالة

---

(١) ص١٥٠ ج ٤٠

الصحة، وبالجملة مالم يثبت بطلان الدعوى يجب على القاضي سماعها عملا بالاطلاق وان ادعى علم المدعي عليه بالمقدار مثلا فله احلافه وان شهدت البينة بعلمه حبسه الحاكم حتى يقر ومحل الاشكال ما اذا لم تقم البينة على علمه بالمدعي به فبقى مجهولا اذ لايمكن للقاضي الزام المدعي عليه بشيء اذا لم يتصالحا فأثر سماع دعوى المجهول يظهر في فرض اعتراف المدعى عليه به مع توافقهما على التفسير وفي فرض شهادة البينة بعلمه فيحبس حتى يبينه ، وفي غيرهما لاأثر للدعوى ولعله مراد المشترطين لهذا الشرط وبعبارة واضحة ان فائدة سماع الدعوى هو الالزام بها بعد ثبوتها وهي غير متصورة في الدعوى المجهولة الا اذا فرض لها القدر المتيقن فيلزم بدفعه .

لايقال في المتباينات يجب الاحتياط ولو بدفع الجميع الى المدعي فانه يقال ليس للحاكم الزام المدعي عليه بهذا الاحتياط بل خلاف الواقع واضاعة المال على مالكه المدعى عليه جزماً ، وانما الاحتياط وظيفة المكلف نفسه حسب علمه ولعله واضح .

٧ ـ أن تكون الدعوى على نحو الجزم فلا تسمع على نحو الظن أو الاحتمال فان احضار المدعى عليه أومطالبته بالحلف لايجوز من دون وجه ، وقال سيدنا الاستاذ دام ظله ان قول المدعى عليه مطابق لامارة أوأصل من الاصول العملية، ومقتضى اطلاق الحجية فيها لزوم ترتيب الاثر على المدعي أيضاً فلا يجوز له الزام المدعى عليه بشيء .

واستدلّ له أيضاً بعدم صدق الدّعوى عليه عرفاً فانها الخبر الجازم . وبأن من لوازم الدعوى الصحيحة امكان ردّ اليمين على المدعي وهو منتف هنا فهذه وجوه أربعة .

---

(١) ص١٤٩ المصدر

لكن عن الايضاح والمجمع وميل المسالك عـدم اشتراط الجزم فيها، وعن بعضهم التفصيل بين مايعسر الأطلاع عليه كالقتل والسرقـة وغيره فتسمع في الاول دون الثاني وعن بعضهم سماعها في موارد التهمـة وقيل بالرجوع الى العرف في صدق الدعوى المقبولـة وعدمها وقيل بان المدار على مايتعارف من الخصومة بسببـه سواء كان بجزم أوظن أو احتمال وان فرض عدم صدق الدعوى عليه لصدق المنازعـة والمشاجرةوالتحاكم عليه، ولاريب في صدق الخصومة والمشاجرة مع عدم الجزم فيمايجده الوصي أوالوارث من سندات أو دفتر أوشهادة من لا يوثق بهم أو غيرذلك وهذا القول يشمل القول الرابع فان جميع موارد التهمة عند العرف من الدعوى المقبولة .

أقول : المانع في المقام تارة يلاحظ بالنسبة الى اقدام القاضي واخرى يلاحظ بالنسبة الى المدعى نفسـه .

أما القاضي فالظاهر عدم المانع له من وجوب اقدامه باحضار المدعى عليه وتحقيـق الدعوى لانّ الحكم بالقسط والعدل عليـه لازم وهو منصوب شرعاً للقضاء فيموارد التحاكمات ومع احتمال اقرار المدعى عليه أوحلفه لا دليل على تمكنه من ابطال الدعوى وعدم سماعه اياها فتأمل .

أما المدعي فبيان حكم ادعائـه جوازا و حظراً موقوف على بيان بعض موارد المقام فنقول :

(المورد الاول) ما اذا ادعى من بيده المال تلفه وكان متهماً أو لم يكن أميناً فيجوز للمالك الدعوى عليه وأخذ المال منه اذا لم يقم البينة على سرقته مثلا وان لم يجزم المالك ببطلان قوله وهذا ممايستفاد من الروايات[1] .

(الثاني) ماذا ظن أواحتملان له على فلان حقاً ـ ديناً أوعيناً ـ من غير

---

(١) ص٢٧٢ ج١٣ الوسايل

ارتكاب محرّم فيجوز الترافـع وان أنكره الطرف الاخـر اذا احتمل استناد انكاره الى الغفلة أوالنسيان والاّ فيشكل كمايأتي في المورد الثالث.

(الثالث) مااذا ظن أواحتمل ان فلاناً أخذماله بوجه محرم كالسرقة والغصب ونحوهماوفي مثله لايجوزاتهام الطرف اذاكان مؤمناً لانّ من اتهم أخاه المؤمن انماث الايمان في قلبه كماينماث الملح في الماء ولمامر من الاصل الدال على برائة الطرف المذكور والترافع نوع من الاتهام .

نعم اذا كان السكوت حرجياً له لا يحرم دعواه المظنونة فافهم وحينئذ فان أقرّ المدعى عليه او حلف فهو وان ردّ اليمين عليه لايجوز له الحلف وهو واضح.

(الرابع) مااذا علم المدعي بثبوت حق له على واحد من جماعة معدودة فقيل بالمنـع من الدعوى ، والاظهر جوازه حتى اذا كان على النحـو الثالث لمكان علمه باصل المدعى فان أقرّ أحدهم أو حلفوا جميعاً أوثبت برائـة غير واحد بعلم أو علمي بعد اقامة البينة فهو واما اذا ردوا اليمين اليه وحلف ففي توزيع المال على الجميع أوعلى أحدهم بالقرعة وجهان وكذا اذا أقام البينة ولم يثبت برائة اثنين منهم فصاعدا .

(الخامس) مااذا ادعى اثنان على أحد بأن لاحدهما عليـه حقاً فان أقرّ أو حلف فهو وان ردّ اليمين يحلف كلاهما على طبـق دعواهما واذا ثبت المال عليه وأمره الحاكم بدفعه فالظاهر تعيين المستحق بالقرعة اذا لم يتصالحا .

(السادس) مااذا ادعى ان المال ان كان من جنس كذا فمقداره أو قيمته كذا وان كان من جنس كذا كان مقداره أوقيمته كذا .

(السابع) ان المدعى عليه ان كان فلاناً فعليه عشرة وان كان فلاناً فعليه عشرون فعند ثبوت الحق بالبينة مثلا وعدم اثبات التفصيل يؤخذ منه القدر المتيقن في الموردين فتأمل.

مسألة ٤٥ : لايعتبـر في صحة الدعوى الكشف عن الاسباب في الاملاك

والعقود اجماعاً كماقيل لكن في مثل القتل يجب على الحاكم السؤال عنها عن البينة والمقر من كونه عن عمد أو خطأ وبالجملة اذا أقرّ بجامع لابد من التحقيق عن تعيين الفرد من بين الافراد المتفاوتة حكماً لبناء العقلاء على ذلك ولاأقل من انه أحوط .

مسألة ٤٦: اذا قطع المدعى عليه دعوى المدعي بدعوى اخرى لم تسمع حتى يجيب عن الدعوى التي هي أحق من دعواه بالسبق فاذا انتهت الحكومة يستأنف هو دعواه ان شاء .

مسألة ٤٧: الظاهر صحة المصالحة على ترك حق الدعوى بحلف المنكر لانّ الحق قابل للاسقاط وذكر بعض العلماء في منعه أشياء هو أعلم بها[١] .

مسألة ٤٨ـ يصح اقامة الدعوى والقضاء على الغائب بلا خلاف لصحيح جميل من اصحابنا عنهما عليهما السلام: الغائب يقضي عليه اذا قامت عليه البينة ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ، ويكون الغائب على حجته اذا قدم . قال: ولا يدفع المال الى الذى اقام البينة الا بكفلاء[٢] والظاهر من قوله (اذا قدم) كون الغائب مسافراً أو من بلد آخر وعليه يشكل الحاق الحاضر بالمسافر اذا امكن احضاره خلافاً للمنسوب الى المشهور المدعى عليه الاجماع، نعم لايبعد الحاق الحاضر الممتنع أو المتعذر عن الحضور به فتدبر .

نعم نقل عن فتوى الاصحاب انه لايقضي على الغائب في حقوق الله كالحد المترتب على الزنا واللواط لان الحدود مبنية على التخفيف ولذا درئت بالشبهة التي يكفي فيها احتمال ان للغائب حجة تفسد الحجة التي قامت عليه فلو قامت

---

(١) ص٥٨ كتاب القضاء للسيد الشيرازى دام ظله

(١) ص٢١٦ ج ١٨ الوسايل .

البينة على سرقة الغائب يقضي بغرمه دون قطع يده. ثم الظاهر عدم خصوصية في الكفيل حتى يبحث عن كفاية واحد أو أكثر بل المراد التحفظ على مال الغائب المدفوع الى المدعي اذا قدم وأثبت بطلان الدعوى بأي وجه كان. وعلى كل حال لم يجد صاحب الجواهر قائلا بتعدد الكفلاء ولعلّه لظهور ارادة الجنس منه (١).

وقيل باشتراط سماع الدعوى على الغائب بعدم اعتراف المدعي ان المدعى عليه معترف بالحق غير منكر لعدم تعارف التحاكم في مثله ولان الخصومة معتبرة في مطلق القضاء لكن اطلاق الصحيح محكم .

مسألة ٤٩ : اذا كان الموكل غائباً وطالب وكيله الغريم بأداء ماعليه من حق وادعى الغريم التسليم الى الموكل أو الابراء فان اقام البينة فهو والاّ فعليه أن يدفعه الى الوكيل وليس له احلاف الوكيل بعدم التسليم أو الابراء الا في فرض ادعائه علم الوكيل بأحدهما فيجوز له احلافه .

قيل اذا ثبت الحق باقرار الغريم متصلا بدعواه التسليم أو الابراء لاحقّ للوكيل حينئذ في مطالبته حق الموكل لانها لاتعد دعوى اخرى بل هي جزء الدعوى الاولى فيوقف الدعوى واجيب عنه بأن كلامه وان كان متصلا الاّ انه ينحل الى اقرار ودعوى والاقرار نافذ في حقه والدعوى تحتاج الى الاثبات ولافرق في ذلك بين الوكيل والموكل ثم انه لايبعد صحة ماقيل من لزوم التكفيل لو طلبه الدافع لعين ماذكر في المسألة الماضية .

مسألة ٥٠ : يصح الدعوى والقضاء على الميت ولكن لابد للمدعي بعد اقامة البينة الحلف على بقاء حقه في ذمته بلاخلاف ينقل والعمدة فيه صحيحة الصفار عن العسكري عليه السلام أو تقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخر

---

(١) ص ٢٠٣ ج ٤٠ عن الجواهر .

عدل ؟ فوقع : نعم من بعد يمين [١].

اقول : ظاهر هذه الجملة تعلق اليمين بالشاهدين لكن المستفاد من صدر الرواية تعلقه بالمدعي وعليها تحمل صحيحته الاخرى غير المذكورة فيها اليمين [٢] فتأمل .

ثم ان مقتضى اطلاق الرواية عدم الفرق بين الدّين والعين وحق الخيار نعم في الجواهر ضبط الرواية هكذا: (شهادة الوصي على الميت بدين) فاستظهر اختصاصها بالدين فقط لكن كلمة (بدين) غير مذكورة في الوسايل .

ويقول السيد الاستاذ ـ دام ظله ـ ان الكلمة مذكورة في نسخة الفقيه دون نسختي الكافي والتهذيب ويرى اختصاص الحكم بفرض الدين فقط فان الظاهر من الرواية حتى على نسختي الكافي والتهذيب كون الدعوى على الميت والدعوى على العين لاتكون عليه بل هي على الوارث والميت اجنبي عنها فلو فرضنا ان المدعي يدعي ان العين كانت عارية عند الميت فالميت بموته يكون اجنبياً عن العين وتبطل العارية ويطلبها المدعي من الوارث .

أقول: الظاهر من الوسائل خلو نسخة الفقيه أيضاً من الكلمة المذكورة وهذا يكشف عن اختلاف نسخ الفقيه في ضبطها فلم يثبت صدورها من الامام واما ماذكره الاستاذ فهو على دقته غير تام لصدق الدعوى على الميت في العين أيضاً فاذا قال المدعي ان الميت اخذ مني صندوقا مثلا غصبا أو عارية صدق عرفاً انه ادعي على الميت خصوصاً اذا لم يكن عالماً ببقاء العين في ما تركه ، ثم ان ترك الاستفصال يدل على عدم الفرق بين استناد البينة الى اقرار الميت وعدمه حتى مع جهل المدعي ولابدله من يمين .

---

(١) ص ٢٧٣ ج ١٨ الوسايل .

(٢) ص٤٣٨ ج ١٣ الوسائل .

مسألة ٥١ : الظاهر ان اليمين والبينة ـ في دعوى الحق على الميت ـ كلتيهما معتبرتان في اثبات الحق بحيث لو لم يحلف المدعي لم يثبت حقه وهى غير قابلة لاسقاط ورثة الميت لان اعتباره من الحكم دون الحق فافهم .

مسألة ٥٢ :اذا كان المدعي وارث صاحب الحق فهل يكفي حلفه على عدم علمه باستيفاء مورثه او ابرائه ام لابد من الحلف على عدمهما فلو لم يعلم بعدمهما سقطت الدعوى ولا ينفعه الحلف على عدم العلم فيه وجهان بل قولان اظهرهما الاول للاطلاق .

مسألة ٥٣ : اذا كان الدعوى على الميت من ورثة صاحب الحق وكانوا متعدداً فقيل بلزوم الحلف على كل واحد بمقدار حلفه فلو حلف بعض ونكل بعض ثبت حق الحالف وسقط حق الناكل وقيل بكفاية يمين واحدة من احدهم على تمام الحق وهذا هو الاظهر بملاحظة صحيحة الصفار المتقدمة .

مسألة ٥٤ : اذا أوصى الميت بأن كل من ادعي على مقدارا من المال فادفعوا اليه من تركتي بلا بينة ولا يمين او مع البينة وبلا يمين فقيل انه وصيته تنفذ من الثلث ، وقيل انه اقرار بالدين في الشق الثاني بشهادة اعتبار البينة وحينئذ ففي سقوط اليمين بالوصية وجهان (١) .

مسألة ٥٥ : قال الشهيد الثاني في محكي مسالكه : لو اقر له قبل الموت بمدة لا يمكن فيها للاستيفاء عادة ففى وجوب ضم اليمين الى البينة وجهان من اطلاق النص الشامل لموضع النزاع وقيام الاحتمال وهو ابراؤه منه وقبضه من ماله ولو من بعد الموت ومن البناء على الاصل والظاهر من بقاء الحق وهذا اقوى .

---

(١) هنا فروع اخر للمقام لكن الابتلاء بها قليل فتركناها .

اقول : لانقبل منه (قده) هذا الرأي فان الاطلاق مقدم على الاصل وظاهر الحال نعم يحتمل عدم اعتبار اليمين اذا علم ببقاء الحق - على فرض ثبوته - الى حين الدعوى الا ان يقال بان اليمين لم يثبت كونها لبقاء الحق فلعلها لثبوته بل هو غير بعيد.

مسألة ٥٦ : لو ثبت الحق بغير بينة كاقرار الورثة اوعلم الحاكم او الشياع المفيد للعلم مثلا فالظاهر عدم اعتبار اليمين وان احتمل الاستيفاء والابراء لاختصاص الرواية بفرض قيام البينة فيرجع في غيره الى المطلقات .

مسألة ٥٧ : اذا شهد رجل وأمرأتان على الميت فالظاهر كفايتها مع يمين المدعي وأما اذا أقام المدعي شاهداً واحداً وحلف فهل يكفي لاثبات الحق ام لابد له من حلف ثان ام لايكفي مطلقاً فلا يثبت الحق على الميت بشاهد ويمين اصلا فيه وجوه بل اقوال ولعل اوسطها اوسطها [1] .

مسألة ٥٨ : الاكثر او المشهور اعتبار انضمام اليمين مع البينة في الدعوى على الصبي والمجنون والغائب لكن لادليل معتبر عليها فالصحيح قصر اعتباره في الدعوى على الميت فقط .

مسألة ٥٩: اذا كان على الميت دين وادعي الدائن ان للميت المذكور في ذمة شخص آخر دينا فان كان الدين مستغرقاً رجع الدائن الى المدعي عليه وطالبه بالدين ، اذ لاحق للورثة حينئذ على قول[2] وما كان للميت على تقدير ثبوته باق على ملكه وان لم يبعد لزوم السعي على اولياء الميت في اداء الدين

---

(١) ماافيد فى ص٢١ ج١ مبانى تكملة المنهاج فى وجه الاخير غير ظاهر.

(٢) منسوب الى القدماء وقيل بانتقال التركة الى الورثة مطلقا فى فرض الدين المستوعب فلاحظ الجواهر وغيرها ولعل المحقق الرشتى تعرض له اكثر واطول من غيره فلاحظ كتاب قضائه ص٣٢٨ الى ص٣٥٣ ج١ .

اذا توقف على عمل منهم ، لان ماتعلق بالميت يتعلق بالورثة بمقتضى الاطلاق المقامي ، اذ لو وجب على غيرهم كالحاكم الشرعي او الناس على سبيل الكفاية لوجب البيان والتنبيه فيفهم من عدم البيان تعلق ما يرجع اليه باوليائه فان اقر المدعي عليه بدين الميت على نفسه وبدين المدعي على الميت وعلم بالاستغراق وجب اداء دينه لانه صاحب الحق ، وان انكر دينه على الميت فعلى المدعي اقامة البينة مع الحلف ولا يمين على المدعي عليه الا اذا ادعى المدعى علمه بدينه على الميت فيحلف على عدم العلم ، وان اقر بحقه على الميت ولكنه انكر حق الميت على نفسه فان اثبته المدعي فهو والايحلف المنكر على نفيه .

وان لم يكن الدين مستغرقاً رجع المدعي الى الورثة فان التركة في الفرض تنتقل اليهم، والميت انما يملك مقدار الدين على النحو الكلي في المعين فلهم اداء الدين من اي مال شاءوا فان لم يكن عند الورثة مال للميت فتارة يدعون عدم علمهم بالدين للميت فيجوز للدائن الرجوع الى المديون لجواز استيفاء حقه بأي وجه شاء فان اثبته والاحلف المدعي عليه .

وللدائن احلاف الورثة اذ ادعي علمهم بالدين في فرض انكارهم ولكن اذا حلفوا لايسقط حقه بل له الرجوع الى المديون وانما يسقط حق دعواه عليهم واخرى يعترفون بدين الميت على الاخر المذكور فهو يرجع الى الورثة وهم يرجعون الى المديون فان اعترف اواقاموا بينة فهو والايحلف المدعي عليه، ولو عصى الورثة ولم يراجعوا المديون جاز للدائن ان يراجعه لما عرفت . وعلى الجملة قد يكون على المدعي اقامة بينة واحدة وقد يكون اقامة بينة مع يمينه وقد يجب عليه اقامة بينتين مع يمينه .

مسألة ٦٠ : اذا كان المدعي عليه حاضراً او غائباً يمكن احضاره ، احضره الحاكم بعد مطالبة المدعي لاجل القضاء بلا خلاف في الاول كائنا من كان ،

وان كانت مخدرة لاتخرج باختيارها الى مجالس الرجال على الارجح لضعف المقيد. نعم يجوز لها التوكيل او بعث القاضي وكيلا من قبله الى بيتها .

ثم الممتنع من الحضور يحضرها القاضي بالاجبار كما هـو قضية منصب القضاء واجراء العدالة .

مسألة ٦١: يجب على المدعى عليه اجابة القاضي بالحضور وجواب اسئلته وان كان شاكاً بل عالماً بكذب دعوى المدعي وهو من لوازم جعل القضاء له، نعم يستثنى من ذلك ما تقدم في المسألة الواحدة والاربعين .

مسألة ٦٢ : مؤنـة حضور المدعي عند القاضي على نفسه بلا اشكال واما مؤنة احضار المدعي عليه ففي كونه على المدعي او المدعي عليه او من بيت المال وجوه لايبعد ايكال ذلك الى نظر الحكومة الاسلامية وقانونها ان كانت .

وفي فرض عدم وجود الحكومة الاسلامية لااشكال في عدم تعلقها بالقاضي وفي تعلقهـا باحدهما او بكليهما او بمن لـم يكن معوزاً او بتعلق مؤنة اخبار دعوة القاضي بالمدعي ومؤنة المجيء بالمدعي عليه او بتعلق الجميع بالمدعي عليه اذا ابتعـد عن القاضي عمداً او اذا لم يمكن القضاء في بلده وبـالمدعي اذا امكن القضاء فـي محل المدعي عليه واقام الدعوى في بلد آخر وجـوه واحتمالات لااشكال في حسن المصالحة فيها ان امكنت .

مسألة ٦٣ : اذا تعذر حضور المدعي عليه لمرض ولما نع اخر فان امكن اقامة الدعوى والقضاء في بيته حضره الحاكـم او وكيله او بتوكيله غيره فهو والا فتؤجل الدعوى ان لم يكن التأجيل ضرورياً او حرجياً والا فيمكن القضاء في غيبته على نحو ما مر لعدم دليل معتبر يدل على اعتبار حضور المدعى عليه حتى في فرض عدم التمكن .

مسألة ٦٤ : اذا امتنع المدعـى عليه من الحضور عناداً جاز القضاء غياباً

لمامرّ .

مسألة ٦٥: يجوز لصاحب الحق توكيل غيره فى الدعوى الاّ اذا كان ضررياً أوحرجياً للمدعى عليه فقط كما يجوز للمدعى عليه أيضاً التوكيل اذا لم يصعب معه القضاء والاّ فللمدعى طلب احضار المدعى عليه نفسه .

مسألة ٦٦ : اذا كان المدعى عليه غائباً وبعيداً امكن احضاره فهل يجب احضاره بمجرد طلب المدعي أو بعد تثبيت دعواه كاقامة شاهدين يقبل القاضي عدالتهما أوطلبه للحلف بعد اقراره بعدم البيّنة له أو لعدم تمكنه من اقامتها لا اشكال فى عدم وجوبه بمجرد الطلب وانما الكلام فى جوازه لان الاحضار ايذاء واضرار بالمدعى عليه على الفرض فلابد لـه من مبرر ولا يكون مجرد دعوى يحتمل بطلانها والاحوط هو المنع قبل التثبيت ولذا يشكل احضاره للحلف اذا كانت الدعوى علـى نحو الاحتمال دون الجزم خصوصاً اذا كان حضوره استلزم مشقة كثيرة .

مسألة ٦٧ : اذا كان حضور كل من المتنازعين في محل الاخر ضررياً أو حرجياً فالظاهر لزوم احضار المدعى عليه ومراعاة حال المدعى لان اقامة الدعوى بيده وكذا اذا كان الحرج أو الضرر في حضور المدعي فقط وأمّا اذا كان الضرر أو الحرج في حضور المدعى عليه فقط فلايجب حضوره فلا يجوز للحاكم احضاره بل للمدعي أن يؤجل دعواه وان يذهب الى محل المدعى عليه ويقيم الدعوى فتأمل .

مسألة ٦٨: يصح الدعوى على الشهود بانهم شهدوا كذباً وزوراً وتصحّ الدعوى علـى القاضي وان كان مجتهداً على ما مرّ سابقاً فعلى الحاكم أن يحضرهم .

مسألة ٦٩ : اذا تمّ بيان الدعوى هل للحاكم مطالبة المدعى عليه

بالجواب أم تتوقف على التماس المدعي؟ ذهب جمع الى الاول وجمع الى الثاني .

والاظهـر هو الاول لان طلب الدليل وطلب الجواب والاحلاف وأمثال ذلك من لوازم منصب القضاء ، على انـه لا ثمرة للبحث اذ من المعلوم عادة ان العاقل لا يحضر خصمـه مجلس القضاء الا لارادة فصل النزاع ومطالبـة المدعى عليه بالجواب .

القول في آداب مجلس القضاء

في روايـة سلمة بن كهل يقول الامام علـي عليه السلام لشريح : ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لايطمع قريبـك في حيفك ، ولا ييأس عدوّك من عدلك ... واياك والتضجر والتأذي في مجلس القضاء الذي أوجب فيه الاجر... ولاتقعد في مجلس القضاء حتى تطعم[1] .

وفي روايـة عن الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله من ابتلـى بالقضاء فلا يقضي وهـو غضبان [2] وفي رواية في سندها النوفلـي عن الصادق عن أمير المؤمنين عليهما السلام : من ابتلى بالقضاء فليساوي بينهـم في الاشارة وفي النظر وفي المجلس .

وفي رواية عنـه عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله نهـى أن يضاف خصم الاّ ومعه خصمه وفي صحيحة ابن‌سنان عن الصادق عليه السلام اذا تقدمت مع خصم الى وال أو الى قاض فكن عن يمينه يعني يمين الخصم .

مسألة ٧٠ : نسب الى المشهور وجوب التسوية بين الخصوم وان تفاوتوا

---

(١) ص١٥٥ ج١٨ الوسائل والرواية ضعيفة سنداً .

(٢) ص١٥٦ المصدر والرواية ضعيفة سنداً .

في الشرف والضعة في السلام والرّد والاجلاس والنظر والكلام والانصاف وطلاقة الوجه وسائر الاداب وأنواع الاكرام واذاكان أحدهما غيرمسلم يجوز تكريم المسلم زائداً على خصمه بلاخلاف كماقيل .

أقول: الوجوب ممنوع وفاقاً لجمع لعدم دليل معتبر عليه والمتيقن حرمة الظلم والتوهين ولكن الاداب المذكورة مهمّة يقبح تركها .

ويعجبني هنا رواية صحيحة يحسن ذكرها تنبيهاً للقضاة قال الباقر عليه السلام فيها: كان في بني اسرائيل قاض وكان يقضي بالحق فيهم فلما حضره الموت قال لامرأته اذا أنا مت فاغسليني وكفنيني وضعيني على سريري وغطي وجهي فانك لاترين سوءً فلما مات فعلت ذلك، ثم مكثت بذلك حيناً، ثم انها كشفت عن وجهه لتنظر اليه فاذا هي (هو) بدودة تقرض منخره ، ففزعت من ذلك فلما كان الليل أتاها في منامها فقال لها: افزعك ما رأيت؟ قالت اجل. فقال لها اما لئن كنت فزعت، ماكان الذي رأيت الا في اخيك فلان اتاني ومعه خصم له فلما جلسا الي قلت اللهم اجعل الحق له ووجه القضاء على صاحبه فلما اختصما الي كان الحق لـه ورأيت ذلك بينا في القضاء فوجهت القضاء له على صاحبه فأصابني ما رأيـت لموضع هواي كان مع موافقة الحق [١].

مسألة ٧١ ـ يجب على القاضي العدل في الحكم كتاباً وسنة و اجماعـاً وعقلا. ومن لم يحكم بما انزل الله فألئك هم الكافرون والظالمون والفاسقون[٢].

مسألة ٧٢ : قيل لايجوز للحاكم أن يلقن أحد الخصمين مافيه ضرر علـى

---

(١) ص ١٦٤ ج ١٨ الوسايل .

(٢) لايلزم الكفر من مجرد عدم الحكم بل مع الانكار فاذا ثبت عنده مـا أنزل الله فلم يقبله وأنكره فهو كافر حسب الرأى السايد .

خصمه ولأن يهديه لوجوه الحجاج ونحوها مما يستظهر به علــى خصمه لان شرع ذلك يفتح باب المنازعة وقد نصب لسدها .

يقول صاحب الجواهر في ضمن كلامه بل ان لم يكن اجماع في القاضي امكن المناقشة في تحريمه عليه فضلا عن غيره .

اقول الاجماع غير حاصل والتعليل عليل .

مسألة ٧٣ : اذا ورد الخصوم مترتبين بدء بالاول فالاول ان لم يفرض فـي البين اهم شرعاً فان وردوا جميعاً أو جهل الترتيب ولم يتراضوا بينهم أقرع بينهم فـان هذا اقرب الى العدل .

نعم اذا بدء احد الخصمين بالدعوى فهو اولى ولو ابتدرا معاً بها سمع من الذي على يمين صاحبه للاجماع المحكى عن السيد والشيخ [1] ولصحيحة بن سنان المتقدمة وصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر قضى رسول الله أن يقدم صاحب اليمين في المجلس بالكلام [2].

اقول: الاجماع منقول وصحيحة ابن سنان لادلالة لها على المطلوب ورواية بن مسلم وان كانت صريحة من جهة ومجملة من جهة الا انها رغم زعم صاحب الجواهر غير صحيحة لضعف طريق الصدوق الى محمد بن مسلم . فالاحســن تخيير القاضي أو القرعة الا اذا فرض تضرر احدهما بالتأخير .

مسألة ٧٤ : لايجوز للقاضي أن يتعتع الشاهد و هو أن يداخله فـي اثناء الشهادة بكلام يعدل به عما يريد التلفظ به هداية له الى شيء نافع أو ايقاعاً له فيما يضر أو يعقبه بكلام ليجعله تتمة شهادته وليستدرجه اليه بحيث تصير به الشهادة مسموعة اومردودة بلا خلاف يجده بعضهم لما فيه من تضييع الحق وترويج

---

(١) ص ١٤٧ ج ٤٠ الجواهر : (٢) ص ١٦٠ ج ١٨ الوسائل

الباطل ونحوهما مما هومعلوم الحرمة لغير الحاكم فضلا عنه كما قيل .

ولو تردّد الشاهد في الشهادة لامر عرض له لايجوز ترغيبه لاقامتها كما لايجوز تزهيده في اقامتها وترديده بهابعد فرض جزمه بالمشهود به لما فيه من الامر بالمنكر والنهي عن المعروف وكذا لايجوز ايقاف عزم الغريم عن الاقرار بالحق لانه ظلم لغريمه (١).

اقول : كل مداخلة من الحاكم اوغيره لتغليب احد الطرفين على الاخر بغرض تضييع الحق أوترويج الباطل ممنوعة، واماالمداخلة لاثبات الحق وابطال الباطل المعلومين فلاحرمة لها مالم يطرء عليها عنوان آخر .

(١) ص ١٢٩ ج ٤٠ الجواهر .

القول في جواب المدعى عليه

المدعى عليه أمايعترف بماادعاه المدعي أوينكر أويقول لا أدري أويقول أديت ورددت المال أويسكت .

مسألة ٧٥ اذا اقر المدعي عليه بالحق يؤخذبه لبناء العقلاء على نفوذ الاقرار على المقر وقد امضاه الشارع كما يدل عليه الروايات[١] ولايتوقف نفوذه على حكم الحاكم وانما يتوقف عليه فصل الخصومة وعدم جواز نقضه وعدم جواز الترافع ثانياً ونحو ذلك .

وكذا لايتوقف حجية البينة على حكمه على الاظهر بل اذا قامت البينة على ملكية مال للمدعى لايجوز لاحد التصرف فيه بدون اذنه ويجب على المدعى عليه رده اليه وهذا وان لم يدل عليه صريح رواية لكنه مستفاد من مجموع الروايات ففي الصحيح سئل بريد الصادق عليه السلام عن القسامة قال عليه السلام : الحقوق كلها البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه الا في الدم خاصة [٢].

ولاشك في ثبوت الموضوعات الخارجية في غير مورد الدعوى والنزاع

---

(١) لاحظ باب الاقرار والعتق والوصية والقضاء والحدود وغيرها من الوسائل .
(٢) ص ١٧١ ج١٨ الوسائل .

بها من دون اعتبار ضم حكم الحاكم معهما كالطهارة والنجاسة والموت والحياة والكرية وغير ذلك فليكن الامر في المقام كذلك .

ولم يقيد في شيء من الروايات حجية البينة واليمين فضلا عن الاقرار بحكم الحاكم فيؤخذ المدعى عليه بهما ويجوز للمدعى التقاص من ماله وان لم يحكم الحاكم بعد (١).

والفرق بين البينة والاقرار هو عدم جواز الزام المدعى عليه في الاول من باب الامر بالمعروف اذا ادعى المدعى كذب البينة وجوازه في الثاني وأما بعد حكم القاضي فيلزم بماشهدت عليه البينة أيضاً، ولو بعنوان كونه مقضيابه.

فايدة

يقول المحقق الرشتي ـ ره ـ في كتاب قضائه ص١٦٨ :

اذا قيل بان البينة يثبت بها الحق قبل الحكم كالاقرار فهل يعتبر فيها مايعتبر في مستند الحاكم من الشرائط المتفق عليها أو المختلف فيها ، فمن الاول ان تكون البينة القائمة على الحق حيا عند تحرير الدعوى ، فلا يجوز له الحكم بمقتضى البينة التي ماتت قبل المرافعة .

وان لايكون اقامة الشهادة قبل سؤال الحاكم، ومن الثاني ان لايطرء الفسق عليهما مابين الاقامة والحكم .

فعلى الاول لايجوز ترتيب أثار البينة التي أقامت الشهادة قبل سؤال السامع المرتب وكذا اذا كانا ميتين فانه اذا لم يكن قد رتب الاثار حين سماعها لم يكن

---

(١) الا أن يقال بأنه لااطلاق للروايات المذكورة من هذه الجهة لانها سيقت لبيان تعليم كيفية القضاء وارشاد القضاة فيتوقف نفوذ البينة واليمين على حكم القاضي لكنه احتمال مرجوح وان كان قائله عظيم .

له الترتيب بعد الممات على هذا التقدير .

وعلى الثاني يجوز ترتيب الآثار بمجرد قيام البينة على أي وجه كان، ولا ريب ان مقتضى أدلة البينة عدم مراعاة تلك الشروط رأسا ... وحينئذ يشكل الامر في كثير من فروعات هذا القول مثل ما اذا علم الحاكم بالبينة وماتت قبل المرافعة فانه بمقتضى ما اتفقوا عليه ظاهراً من عدم جواز الحكم بالبينة السابقة ان يكون وظيفة الحاكم حينئذ احلاف المنكر الذي علم بقيام البينة على اشتغال ذمته ، ومقتضى القول بحجية البينة مطلقا من غير انضمام الحكم اليه ان يجوز له ترتيب أثار الاشتغال وهذا أيضاً مما يفصح بفساد القول المزبور ...

مسألة ٧٦ : اذا اعترف المدعى عليه جاز للقاضي الحكم عليه برد الحق والقول بتوقف جواز حكمه أو صحته على طلب المدعي ضعيف جداً لما مر من كونه من مقتضيات منصب القضاء عند العقلاء نعم الاحسن له اصدار الحكم بعد طلب المدعى .

وأما اذا طلب منه عدم اصدار الحكم فالظاهر عدم صحته اذ لا موضوع له.

مسألة ٧٧ يجبر الحاكم المقر بل مطلق المحكوم عليه بالاداء اذا امتنع وان ماطل حبسه اذا طلبه المدعى بلا خلاف ينقل وان كان له مال امره ببيعه وان امتنع باعه القاضي . ففي صحيح غياث ... ان عليا كان يحبس في الدين فاذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا [١].

وفي صحيح زرارة عن الباقر عليه السلام : كان علي لا يحبس في الدين الا ثلاثة : الغاصب ومن اكل مال اليتيم ظلماً ومن ائتمن على امانته فذهب بها وان وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً [٢] .

(١) ص١٤٨ ج١٣ الوسائل .

(٢) ١٨١ ج١٨ .

أقول: الظاهر عدم اعتنائهم بالحصر المذكور وبنائهم على اطلاق صحيح غياث وغيره في المقام بل في الجواهر[1]: مضافاً الى معلومية بطلان الحصر فيه بالاجماع وغيره .

وعلى فرض اعتباره يمكن تخصيصه برواية الاصبغ عن أمير المؤمنين عليه السلام ... انه قضى في الرجل يلتوى على غرمائه انه يحبس ثم يؤمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص فان ابى باعه فقسمه بينهم [2] الا ان يحمل على الخائن والغاصب فتأمل .

وعلى فرض شموله للممتنع عن اداء مطلق الدين فهو ابطال للحصر لاتخصيص له كما لايخفى .

مسألة ٧٨ : الظاهر ان اقدام القاضي بالبيع في فرض امتناعه أو أخذ العين المدعى بها من يده قهراً أو أخذ المثل في المثليات أوالقيمة في القيميات من ماله بعد مراعاة مستثنيات الدين مقدم على الحبس لفصل الخصومة والنزاع به دونه ، الا ان يحبسه ترغيبا في مباشرته للبيع .

مسألة ٧٩: لو ادعى المقر بل مطلق من ثبت عليه الحق الاعسار فان صدقه المدعى فهو والايتبين حاله فان ثبت اعساره أوكانت الحالة السابقة هي الاعسار يخلى سبيله وينظر لقوله تعالى: وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة (البقرة ٢٨) ولصحيح غياث السابق ويجب عليه التكسب الذي لايهون به لاداء دينه وللقاضي الزامه بالتكسب وبكل امر ينجر الى اداء دينه ولو وهبه أحد شيئاً يجب عليه قبوله مع عدم المهانة في حقه على الاظهر .

وان ثبت يساره أوكانت الحالة السابقة هي اليسار فان تمكن القاضي من

---

(١) ٤٠/١٦٥ .

(٢) ١٨/١٨٠ وسند الرواية مجهول وان كان صدورها وصدقها مظنوناً راجحاً .

أخذ المال منه ولو قهراً فهو والا يحبس كما مر .

وان جهل الامر ان فقيل بتقديم قوله دعوى الاعسار والاظهر حبسه حتى يتبين افلاسه لاطلاق صحيح غياث السابق بناء على عدم انثلامه بالحصر المتقدم نعم لابد للحاكم من التبيين حتى لايخلد في السجن ، واذا لم يتيسر الفحص أو لم يعلم الحال بعد الفحص لايبعد تخلية سبيله اذا رأى الحاكم الصلاح في ذلك حذراً من التخليد .

مسألة ٨٠ : اذا كان المحكوم عليه مريضاً يضر به الحبس أو كانت امرأة يضر بعفتها لم يحبس لعدم اطلاق في صحيح غياث وهذا الحكم يجرى في فرض كل مانع أقوى من تحصيل المال .

مسألة ٨١ : اذا انكر المدعى عليه دعوى المدعي فله اقامة البينة أو احلاف المنكر فان لم يعلم علمه القاضي وجوباً لوجوب الارشاد والقضاء .

مسألة ٨٢: لايصح حلف المنكر من دون اذن المدعي ولو بشاهد الحال وان أمره الحاكم لان الاحلاف حق المدعي فلعله لايريده في الحال لدليل ما فلابد من اعادته ان التمسه المدعى . ولا خلاف في المسألة بل نقل عليه الاتفاق ويدل عليه رواية ابن أبي يعفور الاتية وعن جماعة بل المنسوب الى الاصحاب انه لايستقل الغريم باليمين من دون اذن الحاكم فلابد من استناد اليمين الى طلب المدعي وأمر القاضي[1] .

---

(١) فيه تأمل يظهر وجهه من اطلاق رواية ابن أبي يعفور الاتية بل صحيحة سليمان بن خالد ظاهرة في عدم اعتبار حكم القاضي في نفوذ اليمين قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل وقع عنده مال فكابرني عايه وحلف ثم وقع له عندي مال آخذه لمكان مالي الذي أخذه وأجحده وأحلف عليه كما صنع ؟ قال ان خانك فلاتخنه ولاتدخل فيما عتبه عليه (١٢/ ٢٠٣ الوسائل) نعم لابد من تقييده بصورة وقوع الحلف باستحلاف ←

مسألة ٨٣: اذا حلف المنكر سقطت الدعوى فلايجوز اقامتها ثانية حتى لوظفر المدعي بعده بمال الغريم لم تحل له المقاصة بلاخلاف فى ذلك كله ، ويدل عليه موثقة بن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام: اذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لا حق له قبله ، ذهبت اليمين بحق المدعى فلادعوى له. قلت له: وان كانت عليه بيّنة عادلة؟ قال: نعم وان أقام بعدما يستحلفه بالله خمسين قسامة ماكان له . وكانت اليمين قد ابطلت كل ماادّعاه قبله مما قد استحلفه عليه[1] ولافرق حسب اطلاق ذيلها بين العين والدين فلايجوز للمدعي التصرف فى العين المملوكة له بعد الحلف[2]. والاقوى صحة يمينه حتى بعد ردّه اليمين على المدعي ولم يحلف بعد خلافاً لجمع[3] .

مسألة ٨٤: هل يجوز ابراء المالك المنكر عن حقه لبرائة ذمته باطناً فيه اشكال لان الابراء موقوف على الملكية التي ابطلته اليمين حسب اطلاق ذيل الرواية واشكل من الابراء جواز العتق فتأمل فان الالتزام بهذا في غاية الاشكال

← من المالك لموثقة بن أبي يعفور المذكورة فى المتن لكن قوله صلى الله عليه وآله فى صحيحة هشام : انما أقضى بينكم بالبينات والايمان يدل على توقف النفوذ على القضاء ، ولو أخذ باطلاق تلكم الروايات لم يحتج الى انشاء الحكم من القاضى مطلقاً وهو كما ترى . الا أن يقال ان الصحيحة تدل على توقف القضاء على البينة واليمين، لاعلى توقف اعتبارهما عليه وهذا هو الارجح .

(١) ص١٧٩ ج١٨ الوسائل .

(٢) يقول الفقيه الرشتي ره : ثم انه لوظفر المدعى بالعين على وجه لايكون فى أخذها اهانة بالحاكم ولم ينجر الى مشاجرة جديدة جاز الاخذ حتى لوقلنا فى مسألة الدين بعدم جواز شيء من التصرفات فحرمة التقاص لاتستلزم حرمة أخذ العين فلاحظ كلامه فى ص٢٠٧ وص٢٠٨ قضائه .

(٣) ص١٩٠ ج٤٠ الجواهر .

بل هو موهن للاطلاق .

مسألة ٨٥ هل يجوز لثالث أن يتملك العين المذكورة بدعوى انه مال لا مالك له اذا علم بكذب الحالف فان الفرض عدم دخولها في ملكه بالحلف الكاذب وانقطاع صلة المالك الاول عنها باليمين المذكورة في الدنيا ؟ فيه وجهان :

فان قلت لعل الحالف يتوب ويكذّب نفسه فيوصل العين الى مالكها. قلت تكذيب الحالف اذا كان على نحو النقل دون الكشف لا يمنع من جواز التصرف فيها فعلا على ان احتماله مدفوع بالاستصحاب أو نفرض الكلام فيما اذا علم الثالث بقاء الحالف على عناده و كذبه .

فان قلت فعلى هذا لامانع للحالف أن يتملكه بعد الحلف وان اثم بظلمه على المالك الاول بابطال ملكيته بحلفه الكاذب ؟

قلت المانع منه هو ارتكاز المتشرعة الناشي من مذاق الشرع أولا ، وصحيحة هشام المتقدمة ثانياً ففيها: فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فانما قطعت له به قطعة من النار [1] .

والحق انه لااشكال ولا خلاف في وجوب ردّ العين على الحالف الى مالكها وحرمة امساكها ضرورة ان اليمين الكاذبة لاتكون من المملكات بنص صحيحة هشام وغيره من روايات القضاء فضلا عن العمومات والاطلاقات الاولية فالوجوب المذكور يكشف عن بقاء الملكية المجردة عن جواز التصرفات فيها فهي عين مملوكة لمالكه الحقيقي ولا يجوز لاحد التصرف فيها حتى مالكها بعد حلف المنكر ومنه يظهر صحة ابراء المالك عنها بنفع الحالف .

مسألة ٨٦ : اذا كذب الحالف نفسه جاز للمدعي مطالبته واذا امتنع جاز

(١) ص١٦٩ ج١٨ الوسائل .

مقاصته من امواله فتعيد ملكية المدعي - على نحو الكشف ظاهراً - على العين أوالكلي فيترتب عليه آثارها ويبطل أثر القضاء السابق فيجوز الدعوى وجاز للحاكم سماعها، فان الاقرار يبطل اليمين وقد ادعى عليه الاجماع أيضاً وقيل بانصراف موثقة ابن أبي يعفور ونظايرها من هذه الصورة . و هذا غير بعيد ، والظاهر عدم اعتبار وقوعه في حضور القاضي .

ويدل عليه صريحاً رواية مسمع [١] التي عبر عنها صاحب الجواهر بالمعتبرة وسيدنا الاستاذ بالصحيحة لكن الحق انها ضعيفة لجهالة القاسم بن محمد الجوهري الواقع في سندها ووقوعه في اسناد كامل الزيارات لايثبت وثاقته أو صداقته كما فصلناه في كتابنا (فوايد رجالية) وقد أبدلنا اسمه ببحوث في علم الرجال عند الطبعة الثانية في هذه الايام مع اضافات هامة واصلاحات لازمة ولله الحمد.

مسألة ٨٧ : لايتعين على المنكر اليمين بل له ذلك وردها على المدّعي بلاخلاف فيه بل ادعى عليه الاجماع فان حلف المدعي ثبت حقه وان نكل فقد سقط حقه اجماعاً في الجملة بل لايسمع دعواه في غير ذلك المجلس وان أقام البينة . ففي صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يدعي ولا بينة له ، قال : يستحلفه فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له [٢] وفي صحيح هشام عن الصادق عليه السلام ترد الايمان على المدعي [٣] وفي رواية الصدوق باسناده عن ابان عن جميل عن الصادق عليه السلام : اذا أقام المدعي البينة فليس عليه يمين وان لم يقم البينة فرد عليه الذي ادعى عليه اليمين فأبى فلاحقّ له [٤] أقول

---

(١) ص ٢١٥ ج١٨ الوسائل .

(٢) (٣) ص ١٨٦ ص ١٧٧ ج ١٨ .

(٤) ص ١٧٦ و ص ١٧٧ ج ١٨ .

اسناد الصدوق الى ابان بن تغلب ضعيف والى ابان بن عثمان صحيح والظاهر ان الواقع في الرواية هو الثاني لبعد رواية الاول عن جميل والله العالم .

مسألة ٨٨ : اذا كان المدعي غير صاحب الحق كالوصي يدعى مالا ليتيم على اخر أويدعى على الوارث مالا للخمس أو الزكوة أو غيرها بوصية من الموصى وكالولى والوكيل لايجوز له الحلف لان المال للغير الذي لايثبت بيمين اخر ولذا استثني الاصحاب هؤلاء الذين ليس باصحاب الحق عن رد اليمين اليهم كما في الجواهر (١).

أقول: ان تم اجماع مفيد للعلم برضى المعصوم اوبدليل معتبر عند الكل فهو والا فلامانع عندنا لحلف هؤلاء اذا كانوا جازمين فان التعليل المذكور ضعيف بعد اطلاق صحيح هشام ومعتبرة جميل المتقدمتين المأخوذفيهما عنوان المدعى دون صاحب الحق كما في صحيحة محمد بن مسلم المذكورة .

بل استظهر منهم الاتفاق على صحة يمين الوارث مع الشاهد الواحد على اثبات مال الغير ـ اى المورث ـ وان فرض الدين مستوعبا وقيل ببقاء التركة على حكم مال الميت وادعى السيرة على صحة دعوى المالك واثبات حقه على العين التي تعلق بها الذكوة والخمس .

مسألة ٨٩: قدسبق عدم جواز حلف المدعى في دعواه الظنية اوالاحتمالية وكذا غير صاحب الحق عند المشهور فهل يسقط دعواهما بعد رد اليمين وعدم الحلف لاطلاق الروايات المتقدمة الشاملة لفرض المانع وعدمه في عدم الحلف والدالة على بقاء تخيير المنكر بين الحلف والرد حتى في صورة عدم تمكن المدعى من الحلف كما في المقام ومن دعوى انصراف لفظ المدعى والدعوى

---

(١) ص١٧٧ ج ٤٠ .

في الروايات المذكورة الى الجازم ففي غير الجازم يتعين على المنكر الحلف أو النكول ولا يجوز له الرد .؟

أقول اذا تم ادعاء الانصراف المذكور لاتجب اليمين على المنكر أيضاً لان المنكر حينئذ ليس بمدعى عليه جزماً والمأخوذ في أكثر الروايات هو عنوان المدعي عليه بل وكذا اذا كان العنوان هو المنكر فانه انما يجب عليه الحلف في مقابل دعوى المدعى والمفروض انصرافها الى الجزمية وكذا لاتسمع دعوى غير الجازم اذا قامت البينة لانها على المدعى الجازم لا لغيره فتأمل. فالاظهر بقاء التخيير بين الثلاثة اليمين والرد والنكول للمدعى عليه فان حلف فهو وان رد فسقط الدعوى . بل في المقام تسقط الدعوى على جميع الصور، حلف أو رد أو نكل .

فان قلت : فما فائدة الترافع حينئذ ؟ قلت : فائدته احتمال الاعتراف أو الحلف الذي تطييب نفس المدعى لكن يمكن أن نقول بنفي حق المدعى عليه للرد اذ لازمه القضاء بسقوط حق المدعى من دون البينة واليمين وقد قال ﷺ انما اقضى بينكم بالبينات والايمان ففي الدعوى غير الجازمة لابد للمدعى عليه اذا لم يعترف ان يحلف فتأمل [1].

لكن اذا كان المدعى غير جازم وادعى المدعى عليه جهله بالحال ولم يكذبه المدعى في دعوى جهله ولا يمكن رد اليمين لان المدعى غير جازم ففيه وجهان تأجيل القضاء أو القضاء على المدعى ان رد المدعى اليمين عليه وعلى المدعى عليه ان سكت بناء على صحة القضاء بمجرد النكول .

---

(١) وجهه عدم دلالة الرواية على توقف القضاء على البينة واليمين مطلقاً وعدم تحققه بدونهما كما لايخفى ولذا يتحقق القضاء في الترافع الناشي من الاختلاف في الحكم فقط ولا موضوع للبينة واليمين بوجه .

واذا شهد أحد بحق ميت لاوارث له على أحد فاحضره الحاكم فلابد له من الاعتراف أو الحلف ولااظن بأحد يفتي بجواز رد اليمين على الحاكم أو المسلمين مثلا بل ذكر الشيخ وتبعه صاحب الجواهر(١) ان المنكر يحبس حتى يقر أو يحلف لتعذر الرد، وعليه فيمكن القول بسقوط حق رد المنكر في مطلق ماتعذر فيه اليمين على المدعى والله العالم.

مسألة ٩٠ : اذا حلف المدعي لايجوز للمدعى عليه اقامة البينة على الأداء والابراء وذلك لا لاجل ان حلفه بمنزلة اقرار المدعي عليه فيكون المدعى عليه مكذب بينته كما قيل كما انه ليس بمنزلة بنية المدعي، بل لأن اليمين المردودة سبب مستقل لاسقاط الدعوي على الاظهر خلافاً اجمع جعلوها بمنزلة احدهما وفرعوا عليه فروعا كثيرة كما قيل، نعم لابد من قبول يمين المدعي لما دل على وجوب الرضاء باليمين مطلقاً حلف بها المدعي او المدعي عليه .

كصحيح الحسين بن المختار عن الصادق عليه السلام ... لاتحلفوا الا بالله ومن حلف بالله فليصدق ومن لم يصدق فليس من الله ومن حلف له بالله فليرض ومن حلف له بالله فلم يرض فليس من الله عزوجل (٢) .

وقريب منه صحيح الخزاز بطريق الصدوق في الفقيه فقط (٣) ومقتضى اطلاقهما وجوب الرضا بالحلف حتى قبل حكم القاضي .

مسألة ٩١ : اذا طلب المدعي بعد رد اليمين اليه المهلة لاقامة البينة او المراجعة الى حسابه مثلا فهل يسقط حقه بمجرد عدم الحلف بعد الرد ام يمهل له بما لايتضرر به المدعي عليه . وكذا اذا تمكن من اقامة البينة بعد رد اليمين عليه فهل يثبت حقه بها ام لابد له من الحلف والاسقطت الدعوى في المسألة اقوال.

---

(١) ص٢٦٥ ص٢٦٦ ج ٤٠ .

(٢) (٣) ص١٥١ ج الوسائل .

والاقوى قبول بينته وثبوت حقه بها لاطلاق ما دل على ان البينة على المدعي الدال على ثبوت حقه بها ولا مقيد له، بل لا يبعد لزوم منحه المهلة من قبل القاضي لعدم سقوط دعواه بالاستمهال لعدم دلالة الروايات الثلاث المتقدمة على فورية الحلف بعد الرد عليه بل المفهوم منها عرفا انه اذا ابى ان يحلف او نكل سقط حقه فلا حظ والله العالم .

مسألة ٩٢: اذا ادعى المدعي بعد رد اليمين انه وكيل لصاحب الحق مثلا فان أمكنه اثبات ذلك لم يرد عليه والاّ حلف المنكر على نفي ذلك وقضى عليه بالنكول كما قيل. أقول ويمكن أن يقال انه اذا استمهل المدعي لاحضار صاحب الحق بغرض الحلف جاز وصحّ وان نكل سقطت دعواه .

مسألة ٩٣: اذا سكت المدعى عليه ولم يحلف ولم يرد فهل نكوله هذا بمجرده يوجب القضاء عليه كما نقل عن جمع أو يرد الحاكم اليمين على المدعي فان حلف يثبت حقه وان امتنع سقط حقه كما حكى عن كثير من القدماء وسائر المتأخرين. فيه وجهان .

واستدل للاول بما ورد من ان البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه والتقسيم قاطع للشركة والرد على المدعي حق المنكر فلا يرد عليه الاّ باختياره فاذا سكت فلا ردّ كما ان احلاف المنكر حق المدعي فلا يحلف من دون اختياره .

وبصحيح محمد بن مسلم الوارد فى حلف الاخرس وان أمير المؤمنين كتب له اليمين وغسلها وأمره بشربها فامتنع فالزمه الدين من دون الردّ [1] وبرواية عبدالرحمن [2] وبانّ نكوله كنكول المدعي عن اليمين فى القضاء لكن ما في صحيح ابن مسلم قضية في واقعة لا اطلاق له ورواية عبدالرحمن ضعيفة سنداً

(١) ص٢٢٢ ج١٨ الوسائل .

(٢) ص١٧٣ المصدر .

ودلالة والاخير ليس بدليل وأما الوجه الاول فلامجال لها بعد صحيح هشام تردا لايمان على المدعي[1] الظاهر في لزوم الرد عليه وهو لايصح الا بفرض الرد من الحاكم بعد رد المنكر أونكوله .

وربما استدل له أيضاً بخبر عبيد ففيها: يستحلف أويرد اليمين على صاحب الحق فان لم يفعل فلاحق له [2] الظاهر في ثبوت حق المدعى عليه بمجرد نكوله .

لكنه خلافاً لجمع ضعيف سنداً بالقاسم بن سليمان وقابل للتقييد بصحيح هشام واستدل للثاني أيضاً باطلاق مادل على تعلق القضاء بالبينات والايمان فانه يدل على عدم كفاية النكول وبان الاصل عدم جواز الحكم بالنكول وكيفما كان العمدة في ترجيح القول الثاني صحيح هشام .

تنبيه :

قال الشهيد في قواعده [3]: لايحكم بالنكول على الاقوى الا في عشرة مواضع، ثم ذكر أحدعشر موضعاً في أكثرها بحث واشكال وبعضها يعرف حاله ممافي هذه الرسالة .

مسألة ٩٤ : اذا قال المدعي عليه أدّيت حقك أوابرأتني منه يصير مدعياً وعليه الاثبات .

مسألة ٩٥ : اذا أجاب المدعى عليه بعدم علمه بمايدعيه المدعي ففي الموضوع قولان :

الاول ان هذا الجواب يرجع الى انكار استحقاق المدعي فهو منكر و

(١) ص١٧٦ ج١٧ الوسائل .

(٢) ص١٧٦ المصدر . (٣) ص٤١٢ ج١، القاعدة (١٥٢)

استظهر هذا من حصر الاصحاب حال المدعى عليه في السكوت والاعتراف والانكار ولايرجع نفي علمه الاّ الى الاخير، وحيث لايمكن له الحلف على البت يحلف على نفى علمه بمايدعي عليه والعمدة في ثبوت الحلف عليه كونه مدعي عليه بالضرورة فيشمله الروايات الدالة على أن اليمين على المدعى عليه[1] وليس هو مختصاً بعنوان المنكر حتى يقال انه غيرمنكر .

الثاني: انه يؤخذ الحق منه بمجرد عدم حلفه على البت بناء على صحة القضاء بالنكول أو بعد رد اليمين على المدعي بناءِ على عدمها وملخصه انه لا طريق له بعد عدم الاعتراف الا الرّد وجعل هذا القول في محكى الكفاية مقتضى ظاهر كلامهم لكنه نفسه لم يبعد الاكتفاء بالحلف على نفي العلم .

واستدل لهذا القول بان اليمين القاطعة للدعوى بعد القضاء هي اليمين على البت، وبان اليمين لابد ان تتعلق بماتتعلق به الدعوى وليس المقام كذلك لتعلق الاولى بعدم العلم والثاني بثبوت الحق ولا ملازمة بينهما .

نعم لوادعى علمه بالحق اتجه حلفه بعدم علمه. ورد بان نفي العلم ان رجع الى الانكار فتصح به اليمين والاّ لامعنى للرد المختص بالمنكر وحيث ان جواز الرد كالمقطوع فهو منكر وله الرد والحلف معاً .

وعلى القول الاول يقع البحث في ان مثل هذه اليمين ـ مع كفايتها لقطع الدعوى ـ هل تمنع من اقامة المدعى البينة بعدها أملا بل المنع المذكور مخصوص باليمين على البت قيل بالاول وقيل بالثاني فللمدعي تعقيب ادعائه باقامة البينة وأخذ المال مثلا بناء على ظهور مادل على الاسقاط في اليمين التي يكون متعلقها النفي في نفس الامر ولاأقل من الشك فيبقى عموم مادلّ على قبولها بحاله .

---

(١) ص١٧٠ ج١٨ الوسائل .

وربما يقال بجواز حلفه على نفي الواقع اعتماداً على الاستصحاب فانه حجة شرعية لكن الحلف عليه لاجله مشكل لماورد من عدم جواز الحلف الاّ عن علم (١) نعم اذا كان المدعى بـه عيناً انتقلت اليه بناقل شرعي وقلنا بجواز الحلف اعتماداً على اليد جاز حلفه على عدم الثبوت فتأمل .

وأما الاستظهار السابق فهو في محله بالنظر الى معتبرة عبدالله بن يعفور المتقدمة فانها ظاهرة ـ ظهوراً قوياً ـ في اختصاص الحلف المانع عن اقامة البينة بحلف المنكردون الجاهل الشاك فلاحظ .

أقول: اما انه يصح منه الحلف فلانه المدعى عليه كما اشير اليه واما ان حلفه على نفي علمه فلحرمة الحلف على غير العلم وامّا انه المانع عن اقامة البينة بعد ذلك فان مفروض الكلام في الحلف الذي رضى به المدعي واذن له والاّ كان لغواً وعبثاً كمامرّ، وقد مرّ قول الصادق عليه السلام: ومن حلف له بالله فليرض ومن حلف له بالله فلم يرض فليس من الله عزّوجل (٢) ولاشك في شموله للمقام .

وأما ان له الرد مع كونه غيرمنكر فلما مرّ من صحيحي بن مسلم وهشام وغيرهما (٣) كل ذلك ان كذبه المدّعى في عدم علمه والاّ فلا معنى ليمينه فتنحل الدعوى من دون بينة ويمين وقيل لايجوز له حينئذ رد اليمين الى المدعي أيضاً لفرض انه لايمين عليه حتى يرد .

أقول : والانصاف عدم دلالة صحيحة بن مسلم على تشريع الرد له في الفرض فالعمدة صحيح هشام وفي دلالته على المرام تأمل .

(١) ص١٨٠ ج١٦ الوسائل.
(٢) ص١٥١ ج١٦ .
(٣) ص١٧٦ ج١٨ .

مسألة ٩٦ : اذا اعتمد المدعي عليه على السكوت فذهب جمع الى ان الحاكم يقول له اما اجبت واما جعلتك ناكلا ورددت اليمين على المدعي ، فان اصر رد اليمين على المدعي وذهب جماعة الى انه يلزم بالجواب لان السكوت ليس جوابا ، والفرض تعلق حق الدعوى به فان عاند حبس حتى يجيب وقيل يجبر بضرب وتوهين مثلا من باب الامر بالمعروف ، وقيل بالتخيير بين الحبس والرد لكن المعروف بين اصحاب هذا القول هو الحبس فقط كما قيل .

أقول : اطلاق قوله عليه السلام ترد الايمان على المدعي يشمل فرض الجواب بالانكار وامتناعه عن الحلف عنادا أو تعظيما فاذن لاموجب للحبس ونحوه الا اذا رأى الحاكم صلاحاً فيه في بعض الموارد ، فالصحيح هو القول الاول .

مسألة ٩٧ : اذا قام المدعي الشاهدين وعرف الحاكم عدالتهما فهل يجب عليه سؤال المدعي عليه هل عندك جرح؟ والحق انه لادليل عليه خلافاً لبعضهم نعم لو ادعي هو جرحهما امهله لاثباته بما لم يتضرر المدعي وقيل لاخلاف بينهم في ان الحاكم ينظره ثلاثاً فان لم يثبت قضى عليه ، وقيل اذا كان المدعي به يرجع الى القتل والقصاص والفرج لابد من امهال مدعي الجرح ولو الى مدة طويلة وفي فرض مزاحمتها لضرر المدعي لابد من ملاحظة الاهم والمهم ولو ادعي اجنبي جرح الشهود لايلتفت اليه بعد اعتقاد الحاكم بالعدالة .

مسألة ٩٨ : لايجب على المدعي اذا اقام البينة الحلف لانه وظيفة المنكر والتقسيم قاطع للشركة وقد ادعي عليه الاجماع بقسميه ويدل عليه صحيح محمد وغيره [1] .

---

(١) ص١٧٧ ج١٨.

نعم في الدعوى على الميت تنضم اليمين الى البينة كما سبق تفصيله .

مسألة ٩٩ : الظاهر عدم الدليل على جواز حبس المدعي عليه او مطالبته بكفيل او ملازمته قبل اثبات حقه بدعوى هربه وتضييع حق المدعي وان وعد باقامة البينة كما عن عامة المتأخرين خلافاً لجمع .

مسألة ١٠٠ : اذا تبين للحاكم كذب البينة او اليمين يجب عليه اعلام ذي الحق ونقض حكمه لئلا يستند تضييع الحق اليه فيكون ظالماً [١] ويجوز لصاحب الحق المقاصة حينئذ ولو قهرا .

مسألة ١٠١ : لايجوز للحاكم الزام المدعي باحضار بينته او اقامة البينة الحاضرة اذله اقامتها واحلاف المنكر وترك الدعوى .

مسألة ١٠٢ : اذا اقام المدعي البينة فليس له احلاف المدعي عليه اذ المستفاد من الروايات اثبات هذين الحقين له على البدل لاعلى نحو الجمع نعم اذا رضي المنكر بالحلف بعد اسقاط المدعي حقه على تقدير حلفه لايبعد صحة اليمين .

مسألة ١٠٣ : اذا كانت عدالة الشهود مجهولة عند القاضي فهل يجب عليه الفحص عنها اذا احتمل كشف الحال فيه وجهان: من كونه مقدمة القضاء الواجب. ومن انه يتعلق باثبات المدعي به وهو وظيفة المدعي وقد ورد ان البينة على المدعي . وكذا اذا جرحها المنكر وطلب من الحاكم تحقيق الحال فانه غير واجب عليه .

مسألة ١٠٤ : اذا تبين فسق الشاهدين او احدهما حال الشهادة نقض الحكم بلا خلاف ولا اشكال لفقد الشرط او بعد الحكم صح الحكم بلا خلاف واشكال

---

(١) لكن في فرض العلم بعدم وصول الحق الى صاحبه لجهة من الجهات لايجري الدليل المذكور .

لعدم المانع واما اذا طرء الفسق بعد الشهادة وقبل الحكم فان سرى الشك في عدالتها السابقة ولـم يجر الاستصحاب ينقض الحكم كالصورة الاولى والافغيه خلاف،المنسوب الى المشهور عدم جواز الحكم بشهادتهما فـي حقوق الله لدرء الحد بالشبهة وذهب جمع اليه في حقوق الناس أيضاً وقال جمع بجوازه فيها .

و عمدة دليل المنع ان الحكم حينئذ مستند الى شهادة فاسقين لاعادليـن ورد باستناد الحكم الى شهادة عدلين حين الشهادة ولم يثبت اعتبار بقاء عدالتهما حين الحكم .

ولذا ذهب جمع الى جواز الحكم مطلقاً وهو الاظهر .

مسألة ١٠٥ : مقتضى القاعدة لزوم بيان السبب في الجرح و التعديـل اذا احتمل مخالفة نظر الشاهدين لنظر الحاكم في معنى العدالة والافيكفى الاطلاق وعن المشهور ان الجرح لايثبت الا مفسراً ولايمكن اتمامه بدليل كما انقول الجواهر: لما هو المعلوم من طريقة الشارع من حمل عبارة الشاهد على الواقع وان اختلف الاجتهاد في تشخيصه ممنوع والعلم غير حاصل لنا .

مسألة ١٠٦ : قالوا بعدم جواز الشهادة بالعدالة والجرح استناداً الى البينة والاستصحاب ولاالى حسن الظاهر (في العدالة) لاعتبار العلم فيها فلابد للشاهد من العلم بالعدالة والجرح نعم يجوز الشهادة بحسن الظاهر و يصح للحاكـم قبولها بناء على اثبات العدالة بحسن الظاهر كما انه لااشكال في جواز اعتماد الحاكم على الاستصحاب والبينة في ترتيب اثار العدالة و الجرح وكذا علـى حسن الظاهر في ثبوت العدالة .

مسألة ١٠٧ : قيل لايجوز الشهادة بالجرح بمجرد مشاهدة ارتكاب كبيـرة اذا لم يعلم انه علي وجه المعصية لاحتمال جوازها بمعذرة ، أولاحتمال عـدم

استلزامها الفسق وان فرضت الحرمة كما اذا صدرت عن جهل قصور .

مسألة ١٠٨ : اذا رضى المحكوم عليه بشهادة فاسقين لايجوز للحاكم أن يحكم بها لان رضاه لايوجب تغييراً في موازين القضاء بل لايجوز حكمه بشهادة شاهدين ادعى المدعى عليه عدالتهما و لكن أخطأهما في الشهادة اذا لم تحرز عنده .

مسألة ١٠٩ : لايشترط في قبول الشهادة معرفة الشاهدين باسمهما ونسبهما بل وتمييزهما فلوشهد جمع يعلم بوجود عدلين فيهم صح الحكم .

مسألة ١١٠ : اذا اختلف الشهود بالجرح والتعديل يستعمل الحال فان لم تتعارض البينتان يبني على الثابت فعلا كما اذا استند المعدلة عدالة الشاهدين الى الملكة والجارحة الى مشاهدة المعصية منهما أو استند الجارحة الى المعصية في السنة الماضية والمعدلة الى التوبة وحصول العدالة الفعلية . وان تعارضتا كما اذا شهدتا مطلقتين بلاتفصيل أوشهدت الجارحة بفسقهما في مكان خاص في يوم معين وشهدت المعدلة بعدالتهما في ذلك الوقت وانهما لم يكونا في ذلك المكان في الوقت المذكور مثلا فتتساقطان ولاتقدم الجارحة على المعدلة لعدم الدليل عليه . فان كان للعدالة أوالفسق حالة سابقة يؤخذ بها .

حكم الشاهد واليمين

مسألة ١١١: يصح القضاء في الديون بشهادة واحد ويمين المدعي بلاخلاف واشكال وهذا هو القدر المتيقن [1] من الروايات التي تقسم على ثلاثة أقسام :

الاول مادل على اختصاص ذلك في الدين كصحيح بن مسلم عن الصادق عليه السلام:

---

(١) بل هو المقطوع فى نفسه كما فى الجواهر وقال: بل وافقنا أكثر العامة خلافاً لابي حنيفة ص ٢٦٨ ج ٤٠ .

كان رسول الله ﷺ يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين ، ولـم يجز في الهلال الاشاهدي عدل [١] .

وكصحيح حماد بن عثمان عنه عليه السلام كان علي عليه السلام يجيز في الدين شهادة رجل ويمين المدعي [٢] بل في رواية سليمان ... قضى رسول الله ﷺ بشهادة رجل مع يمين المدعي في الدين وحده لكن الرواية ضعيفة لجهالة سليمان بن قاسم خلافاً للاستاذ ومن قلده .

نعم في موثقة أبي بصير عن الصادق عليه السلام ... كان رسول الله ﷺ يقضي بشاهد واحد ويمين صاحب الحق وذلك في الدين [٣] أقول : الجملة الاخيرة ليس لها ذاك الظهور في الحصر على ان القسم الثاني ينفيه في العين .

الثاني ماهو صريح في جريانه في العين و هو صحيحة عبدالرحمن بـن الحجاج الطويلة الواردة في قضية درع طلحة [٤].

الثالث مايدل على جريانه في مطلق حقوق الناس كالعين والدين أي كل حق مالي في الذمة بأي سبب كان كالقرض وثمن المبيع وجميع المعامـلات ودية الجنايات و مهر الزوجة ونفقتها و الضمان والحقوق غير المالية كالنـكاح والطلاق وغيرها كصحيح محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام : لو كان الامر الينا أجزنا شهادة الرجل الواحد اذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس، فاما ماكان من حقوق الله عزوجل أورؤية الهلال فلا [٥].

---

(١) ص ١٩٣ ج ١٨ .

(٢) ص ١٩٥ .

(٣) ص ١٩٣ .

(٤) ص ١٩٤ ج ١٨ .

(٥) ص ١٩٥ الوسائل وص ١٩٦ المصدر .

وفي صحيح منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقضي بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق [١] وقريب منه معتبرة أبي مريم [٢] بل في صحيح حمّاد وغيره: ان رسول الله قضى بشاهد ويمين[٣] لكن اطلاقه محمول على ماسبق ان فرض له اطلاق .

لا اشكال في جريان الحكم في العين والدين وأما جريانه في مطلق حقوق الناس تأمل من ظهور صحيح محمد بن مسلم فيه ومن ذيل موثقة ابى بصير الدال على اختصاصه بالدين الذي رفعنا اليد عنه في العين لصراحة صحيحة بن الحجاج[٤] فلاحظ ولا بأس بترجيح ظهور صحيح بن مسلم على الذيل المذكور فانه اظهر منه وان كان خلاف المشهور فتأمل والله العالم .

فايدة

قال الاصولي العراقي (ره) في ص٩٨ كتاب قضائه :

لو ادعى أحد ان هذه الجارية التي في يد غيره ام ولدي فههنا دعاوى اربعة مملوكية الجارية فعلا ، وحريتها بعد موتها ، وانتساب ولدها اليه، وكونه حرا لااشكال في ثبوت الدعوى الاولى بالحلف . كما انه لااشكال أيضاً في ثبوت الدعوى الثانية باقراره، كما انه بناء على مبناهم من اختصاص الشاهد واليمين بالماليات عدم ثبوت الثالثة بهما وأما حرية الولد ففي ثبوتها باليمين المزبورة اشكال ...

(١) ص ١٩٣ ج١٨ الوسائل.

(٢) ص ١٩٥ .

(٣) ص ١٩٣ و ص ١٩٥ و ص١٩٧ .

(٤) وما ذكره الشيخ (قده) في تفسيرها ضعيف فلاحظ ص٢٧٣ ج٤٠ من الجواهر.

مسألة ١١٢ هل يعتبر تقديم الشاهد على اليمين كما نسب الى المشهور بل قيل انه لاخلاف فيه بل في كشف اللثام نسبه الى قطع الاصحاب فلو بدء باليمين وقعت لاغية لابد من اعادتها ام لا ؟ لم نجد دليلا على اعتبار تقديمه عليها والمعية الواردة في الاخبار تصدق مع تقديمها وتأخيرها .

مسألة ١١٣: اذا كان المال لجماعة واقاموا شاهداً واحداً فهل يجب الحلف على كل واحد بحيث لو حلف بعضهم ولم يحلف بعضهم الاخر ثبت حق الحالف دون غيره ام يكفى حلف احدهم لثبوت كل الحق؟ نقل عن المشهور الاول وان الدعوى تنحل الى دعاوى متعددة وان كانت واحدة في الظاهر والاجماع ظاهراً على عدم ثبوت المال بحلف غير مالكه .

وعن المقدس البغدادي استظهار الثاني ان لم ينعقد اجماع على خلافه .

أقول لعل هذا هو الارجح لاطلاق صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة (مع يمين الخصم في حقوق الناس) وبه يضعف الوجه الاول وأما الوجه الثاني فالاظهر اثبات الحق بحلف غيره اذا جمع فيه سائر الشروط خلافاً للمشهور لان المأخوذ في بعض الروايات المتقدمة وان كان عنوان صاحب الحق، لكن في بعضها الاخر عنوان المدعي فلاحظ .

ومما يشهد لضعف الوجهين المذكورين هو صحيح ابن الحجاج المشار اليها سابقاً الوارد في موضوع درع طلحة فان الظاهر منها كفاية حلف المدعى وهو غير ورثة طلحة فافهم .

لايقال : لعل الامام يأخذ الدرع لنفسه أو لبيت المال لالورثة طلحة فانه يقال هذا احتمال مرجوح لان الامام لم يعامل مع محاربى البصرة هذه المعاملة بل امر جنده برد اموال البغاة اليهم كما في التاريخ. ومع ذلك ، الاقدام على مخالفة المشهور بهذا المقدار لايخلو عن شيء .

ثم ان لبعض أساتذتنا تبعاً للعلامة [١] تفصيلا في ماأخذه الحالف قال : فان كان المدعي به ديناً أخذ الحالف حقه ولا يشاركه فيها غيره (من الورثة والشركاء) فان الدين كلي في الذمة وكل واحد من الورثة يستحق مقداراً منه لو كانت الدعوى صادقة فللحالف أن يأخذ حقه ولا يشاركه فيه غيره وان كان عيناً شاركه في الحصة غيره من الورثة لانها مال مشترك فيه بمقتضى اقراره فيجب عليه رد حصة الاخرين عليهم [٢].

ثم قال الاستاذ: نعم يمكنه أن يتوصل الى أخذ تمام حصته ببيع مايستحقه من الحصة المشاعة في العين على المدعي أو على غيره فيأخذ تمام الثمن وكذلك الحال في دعوى الوصية بالمال لجماعة فانهم اذا أقاموا شاهداً واحداً ثبت حق الحالف منهم دون الممتنع . أقول : ولعله غير بعيد وذهب صاحب الجواهر الى الحاق الدين بالعين في اشتراك الكل فيما يقبضه الحالف .

مسألة ١١٤ : لو كان بين الجماعة المدعين مالا لمورثهم صغير فالمشهور انه ليس لوليه الحلف لاثبات حقه بل تبقى حصته الى أن يبلغ، ولكن مر آنفاً انّه لامانع من حلف وليه فان اطلاق الروايات يدل على كفاية حلف الولي والوصي والوكيل .

مسألة ١١٥ : اذا ادعى بعض الورثة في مال مورثه وقفاً أو وصية ونحو ذلك ولم يحلف لايسمع دعواه ويقتسم المال بين الورثة ويجب على المدعي الالتزام بدعواه في حصته تنجيزاً لاقراره .

---

(١) ص ٢٨٥ ج ٤٠ الجواهر .

(٢) ويمكن ـ بناء على هذا ـ أن يأخذ الحالف جميع العين اذ كل ماأخذه يجب عليه ايصال حق الاخرين فينقص حقه فيجوز حلفه على وجود حقه فى الباقى ولاأدرى هل يلتزم به هذا القايل أم لا ؟.

مسألة ١١٦ : اذا امتنع بعض الورثة عن الحلف ثم مات قبل حكم الحاكم قيل قام وارثه مقامه فان حلف ثبت الوقف في حصته والا فلا .

مسألة ١١٧: لو ادعى بعض الورثة ان الميت وقف عليهم داراً مثلا وبعدهم على نسلهم ، فان حلف المدعون مع شاهدهم قضى لهم. واذا انقرضوا معاً أو على التعاقب قيل لابد للبطن الثاني من الحلف والا كانت الدار ارثاً وقيل يكفي حلف البطن الاول [١] والاول هو الاوجه على مذهب المشهور من اعتبار تعدد الحلف بتعدد المدعين والثاني هو الانسب الى الارتكازات ولايمكن الحلف للبطون اللاحقة بل للبطن الثاني غالباً، فيكون هذا دليلا آخر على تأييد ماذكرنا رجحانه من كفاية حلف الواحد مع الشاهد الواحد لاثبات تمام الحق .

ولو مات أحد الحالفين صرف نصيبه الى الباقين وان لم يبق الا واحد منهم صرف الكل اليه لاشتراط استحقاق البطن الثاني بانقراض الاولين ولايحتاج الصرف المذكور الى يمين ثانية حتى على المشهور فانهم أثبتوا استحقاقهم بيمينهم الاولى. وان ،امتنع الجميع حكم بالدار المذكورة ميراثاً ولكن كان نصيب المدعين لمكان اقرارهم وقفاً واذا ماتوا صرف الى أولادهم وقفاً من دون يمين اذ لامنازع لهم في هذه الصورة والآباء اعترفوا بالوقفية وهذا ظاهر.

وهل يصح حلف أولاد الناكلين على وقف الدار أجمع فيه وجهان مذكوران في المسالك ولكن في الجواهر [٢] : الظاهر عدم خلاف محقق في ان للبطن الثاني اليمين مع نكول البطن الاول عنه بناء على تلقيهم من الواقف (لا من البطن الاول) ويكفي في صحة الوقف في حقهم احتمال الاتصال وان

---

(١) ص ٢٩١ ص ٢٩٧ ج ٤٠ . من الجواهر

(٢) ص ٢٩٤ المصدر .

كان هو منقطعاً في ظاهر الشرع بمعنى عدم ثبوته للبطن الاول .

ولو حلف بعض المدعين يثبت نصيب الحالف وقفاً وكان الباقي طلقاًتقتضي منه الديون والوصايا ومافضل يكون ميراثاًلكن لايملكه الحالف حصة لانه يعترف بوقفية الدار ووصول حقه منها اليه ولاالمنكر لانها زايدة على حقه بعد حكم الحاكم بوقفية بعض الدار ولاالناكل لعدم ثبوت حقه بنكوله وان جازله مابينه وبين الله بقية حقه من الوقف وعن الشيخ انه يقسم بين المنكرين والناكلين .

مسألة ١١٨ : اطلاق بعض الروايات يدل على شهادة الواحد واليمين حتى مع التمكن من البينة ولااقل من الشك والاصل عدم اعتبار العجز عنها ، وسيأتي مايتعلق به فيمابعد .

مسألة ١١٩ : الحالف اذا رجع عن شهادته يضمن نصف المال ظاهراً لان تلفه يستند اليه ويستند النصف الاخر الى اليمين .

مسألة ١٢٠ : يثبت الحق بشهادة المرأتين ويمين المدعي كما عن الاكثر خلافاً لابن ادريس والعلامة في تحريره(١) ويدل على المشهور صحيح منصور عن الكاظم عليه السلام: اذا شهد لطالب الحق امرأتان ويمينه فهوجائز(٢) .

وصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله اجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله ان حقه لحق(٣) .

وفي جواز شهادتهن في غيرالماليات من حقوق الناس نظر لقصورهاتين المعتبرتين عن الدلالة عليه لاحتمال انصراف الحق في الصحيح الاول الى الدين فتأمل والظاهر ابتناء المسألة على مامر من كفاية شهادة الرجل الواحد مع يمين المدعي لاثبات مطلق الدين أوخصوص الدين والعين .

---

(١) ص٢٧٥ ج٤٠ الجواهر .

(٢) (٣) ص١٩٨ ج١٨ الوسائل .

أحكام اليمين

مسألة ١٢١ : لا يصح الحلف الاّ بالله وأسمائه تعالى بلاخلاف واشكال لجملة من الروايات ففي صحيح بن مهزيار وصحيح بن مسلم عن الجواد وعن الباقر عليه السلام... وليس لخلقه أن يقسموا الاّ به. وفي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام لاأرى للرجل أن يحلف الا بالله (١) وأما الحرمة التكليفية ففيها بحث ذكرناه في قسم المحرمات من حدود الشريعة، ومقتضى اطلاق الروايات عدم اعتبار العربية في أسمائه تعالى فيصح بكل لغة كما ان الظاهر صحة القسم باسمائه غير الخاصة اذا قصده الحالف بها للاطلاق .

مسألة ١٢٢ : المشهور عدم جواز استحلاف أحد ولو كان كافراً الاّ بالله تعالى، ولايصح بالكتب المنزلة والرسل والاماكن المشرفة ونحوها بلاخلاف كماقيل .

وعن الشيخ في المبسوط ان الوثني والملحد يستحلف بالذي يعبد ويعتقد انه الخالق أوالرازق. وجوّز سيدنا الاستاذ استحلاف الحاكم أهل الكتاب بمايعتقدون ولم يوجب الزامهم بالحلف باسمائه تعالى ونسب الخلاف الى

---

(١) ص١٩٠ – ١٩١ ج١٦ الوسائل .

جماعة، واستدل بروايات أربع :

أولها صحيح مسلم قال سألته عن الاحكام فقال: في كل دين مايستحلفون.

ثانيتها صحيح محمدبن قيس: قضى علي في من استحلف أهل الكتاب بيمين صبر، ان يستحلفه بكتابه وملته .

ثالثتها معتبرة السكوني ان أميرالمؤمنين عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراة التي انزلت على موسى.

رابعتها صحيح محمدبن مسلم الثاني: سألته عن الاحكام! فقال تجوز على كل دين بمايستحلفون[1] .

أقول: الاولى أخبار عن شرايعهم وليس فيها بيان حكم، والثانية قضية في واقعة ومثلها الثالثة على انها ضعيفة سنداً بالنوفلي، والعمدة هي الرابعة التي رواها الصدوق لكن يمكن أن نناقشها بانها هي الثانية بعينها التي رواهاالشيخ فلمحمدبن مسلم رواية واحدة رواها الشيخ والصدوق بعبارتين مختلفتين نقلا بالمعنى من بعض الرواة أو من نفسه وحيث لم يتعين عبارة الامام حتى يفهم ان المراد بيان ثبوت الحكم في هذه الشريعة أو أخبار عن الشرايع السابقة فلايتمسك بالروايتين معاً .

واستدل المشهور بروايات معتبرة منها مامرّ من قولهما عليهما السلام : وليس لخلقه أن يقسموا الا به ومنها صحيح سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام لايحلف الرجل اليهودي ولا النصراني ولا المجوس بغير الله ان الله عزّوجل يقول : فاحكم بينهم بماأنزل الله[2] .

ومنها صحيح الحلبي عنه عليه السلام عن أهل الملل يستحلفون؟ فقال: لاتحلفوهم

---

(١) ص١٩٧ - ١٩٨ ج١٦ الوسائل.

(٢) ص١٩٦ ج١٦ .

الاّ بالله عزوجل .

يقول السيد الاستاذ أن تلك الروايات تقيد اطلاق هذه الروايات لكنها على فرض صحتها سنداً ودلالة تعارض هذه الاخبار ولا يمكن حملها على الكراهة بقرينة تلك بدعوى انها ناصة وهذه ظاهرة لان ذيل صحيح سليمان يأبى عن الكراهة ومع فرض التعارض والتساقط يرجع الى اطلاق أدلةالقضاء بالايمان المنصرفة الى الايمان المعتبرة عند المسلمين دون مطلقها كمايظهر من الاستاذ دام بقائه فلاحظ .

وأما قول المحقق في الشرايع: لورأى الحاكم احلاف الذمي بمايقتضيه دينه أردع جاز وتبعه غيره فهو مجرد عن الدليل، ولايجب على المدعى عليه اجابته ولاتكفي الاردعية لتقييد ماعرفته .

مسألة ١٢٣ : اذا كان المنكر كافراً حربياً فقيل يستحلف بالله وقيل انه يستحلف بما يعتقد وذهب السيد الاستاذ الى عدم استحلافه مطلقاً بل عدم جريان أحكام القضاء عليه، فانه لااحترام له مالا ونفسا وانه مهدور الدم والمال فيجوز للمدعي عليه أن يأخذ منه ماشاء من دون حاجة الى اثبات. نعم اذا لم يتمكن المدعي من أخذ مايدعيه الا بالاستحلاف جاز له استحلافه بكل مايمتنع من الحلف، مقدمة للتوصل الى الاخذ .

مسألة ١٢٤: لايجوز للمدعى عليه انيوكل غيره للحلف لماتقرر فيمحله منان مقتضى الاطلاق اعتبار المباشرةوالتوكيل انما يجرى فيالامور الاعتبارية كالعقود والايقاعات وفيبعض الامور التكوينية التي جرت السيرة عليهكالقبض والاحياء ونحوهما دون مالم يدل عليه دليل .

مسألة ١٢٥ : اذا علم ان الحالف ورى في حلفه وقصد به شيئاً آخر ففي كفايته وعدمها خلاف كما في مباني تكملة المنهاج (ج ١ ص ٢٧) واستظهر

الاستاذ عدم الكفاية لصحيح اسماعيل وصحيح صفوان [١] ولابأس به [٢].

مسألة ١٢٦ : المشهور المدعى عليه الاجماع انه لايستحلف الحاكم احدا الا في مجلس قضائه، بمعنى عدم ارسال احد الى محل المنكر لاحلافه الا مع العذر المانع من الحضور فيستنيب الحاكم من يحلفه في منزله وحيث لادليل عليه لامانع منه مطلقاً وربما قيل بعدم جواز استنابة الحاكم للاحلاف حتى في مجلس القضاء وبحضوره. واتمامه غير ميسور بدليل الاان يراد بقوله هذا لغوية الحلف تبرعاً من دون اذن الحاكم مطلقا .

مسألة ١٢٧ : لو حلف شخص على ان لايحلف ابداً ولكن توقف اثبات حقه على الحلف جازله ذلك لنفي الضرر ولانحلال اليمين اذا فرض ترك الحلف مرجوحاً كما يدل عليه روايات ذكرناها في بحث الواجبات من حدود الشريعة.

مسألة ١٢٨ : حلف الاخرس بالاشارة المفهمة كغيره من عقده أو ايقاعه او اقراره كما هو المشهور . وقيل يكتب صورة اليمين في لوح مثلا ويغسل ويومر بشربه بعد اعلامه فان شربه كان حالفاً وان امتنع الزم الحق .

أقول: وبه رواية وهي صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق [٣] والاحوط هو الجمع بين الامرين .

مسألة ١٢٩ : يجب ان يكون الحلف على البت سواء كان في فعل نفسه أو فعل غيره وسواء كان في نفي أو اثبات أو على عدم علمه بشيء باختلاف الموارد فقد يعلم بنفي الفعل عن غيره وقد لايعلم بصدور الفعل عن نفسه لطول المدة أو غلبة النسيان أو كثرة الشغل ونحو ذلك ، لانه الظاهر من الروايات

(١) ص١٧٩ ، ص١٨٠ ج١٦.

(٢) لاحظ المسألة المأة والسادسة والثلاثين .

(٣) ص٢٢٢ ج١٨ الوسائل .

ولصحيح هشام عن الصادق عليه السلام : لايحلف الرجل الاعلى علمه .

مسألة ١٣٠ : لايتوجه اليمين على المنكر في الحدود ولاتسمع الدعوى فيها الابالبينة ولاخلاف فيه ظاهراً بيننا لمعتبرة غياث ... ان أمير المؤمنين ... لايستحلف صاحب الحـد وتقرب منها موثقة اسحاق [1] .

ولافرق بين كون الحد من حق الله أو من حق الناس كالقذف .

مسألة ١٣١ : يحلف المنكر للسرقة مع عدم البينة فيسقط عنه الغرم .

ولو اقام المدعى شاهداً وحلف غرم المنكر ولكنه لايحد لما مر من عدم ثبوت الحد الا بالبينة أو الاقرار ، والظاهر عدم سقوط الحد بالحلـف بمعنى انه اذا قامت البينة بعده حد فان اليمين لاتذهب الا بحق المدعى دون حـق الله تعالىوهكذا فيما اذا ادعى الذمى على مسلم انه شرب خمره .

مسألة ١٣٢ : لاخلاف ولا اشكال في انـه يكفي مع الانكار الحلف علـى نفي الاستحقاق وان كانت الدعوى سببا خاصاً لانه ياتي علـى الدعوى لكونه شاملا لهما ولادليل علىاعتبار الخصوصية في الجواب بل ظاهر الادلة خلافـه بل ربما يكون له غرض فيالجواب بذلك فلا يكلف غيره كما فيالجواهر [2] .

مسألة ١٣٣ : اذا ادعي شخص مالا على ميت فان ادعي علم الوارث بـه والوارث ينكره فله احلافه بعدم علمه ولاترد اليمين علىالمدعي بدعوى عدم قدرة المنكر على الحلفعلىعدم الحقفان اليمين الواجبة على المنكرليست هي اليمين على العدم فقط بل عليه وعلى نفي العلم باختلاف الموارد نعم اذا نكل اورد على المدعي حلف واما اذا لم يدع المدعي عليه علمه بالحق فـان

---

(١) ص٣٣٥ و ص٣٣٦ ج١٨ الوسائل .

(٢) ص٢٤٧ و ص٢٤٨ ج٤٠

اثبته بالبينة فهو والا فلا يتوجه اليمين الى الوارث اذا اظهر جهله بالحال وصدقه المدعي فتطبل الدعوى ، واما اذا لم يصدقه وطلب من الحاكم حلفه ففي وجوب استحلافه نظر من الاطلاقات ومن عدم ادعائه علمه . ولعل الاول اظهر. فلا تسمع الدعوى .

مسألة ١٣٤ : نسب بعض علماء العصر [١] الى كلمات الاصحاب انه لو اقيمت البينة عند حاكم وجب ان يكون الحلف عنده أيضاً فلو مات الحاكم أو غاب بعد اقامتها لم يكف تحليف حاكم اخر من دون ان تجدد عنده اقامة البينة وادعى انه مسلم عند الاصحاب لكنه ان محت النسبة لادليل عليه ، واستدل هو بامور لم تقنع نفسه .

مسألة ١٣٥ لو ادعى ان له حقاً على زيد مات وترك مالا عند فلان ـ سواء الوارث وغيره ـ فيجب على المدعى عليه في فرض عدم الاعتراف، الحلف على عدم علمه بموت زيد او على نفي وجود مال للميت عنده أو على عدم موت زيد فالحلف على كل منها يبطل دعوى المدعى .

مسألة ١٣٦ قيل لااشكال في حرمة حلف المنكر كاذباً وان ورى في حلفه بالقلب أو اللسان على وجه لايسمعه القاضي أو المدعى لاستقلال العقل بقبحه، بل وجود ملاك قبح الكذب المحرم عقلا ونقلا فيه وهو هتك احترام اسم الله تعالي ثم قال قائل هذا القول: ولعل حرمة التورية في الحلف الكاذب ومساواته مع الكذب هو المشهور بين العلماء كما ادعاه الشيخ دام ظله (يريد به ظاهراً الشيخ الانصاري قده) ولايترتب على مثل هذا اليمين اثر ولاتفصل بها الدعوى [٢]

---

(١) ص١٨٥ كتاب القضاء للسيد الشيرازى ، مفروض المسألة فى الدعوى على الميت فلايصعب عليك فرض اليمين مع البينة .

(٢) لاحظ ص ٣٣٣ و ص ٣٣٤ قضاء المحقق الرشتى .

القول في احكام القسمة

مسألة ١٣٧ : يجب اجابة الشريك في قسمة المال المشترك على شريكه لبناء العقلاء وعدم ردع الشارع اياه ثم القسمة على ثلاثة انواع قسمة افراز فقط وقسمة تعديل وقسمة رد وفي الجواهر ومتنها (١) : ان المقسوم مثلياً كان أو قيمياً عقاراً أو غيره متحداً أو متعدداً متفقاً في الجنس أو مختلفاً ان لم يكن فيه ردّ ولاضرر اجبر الممتنع وتسمى قسمة اجبار وان تضمنت احدهما لم يجبر، وتسمى قسمة تراض .

وسيأتي مافيه من الملاحظة وان القسمة تجبر عليها مالم يكن فيها ضرر وان كان فيها رد .

مسألة ١٣٨ : نقل عن ظاهر الاكثر حصول تعيين الحق بتراضي الشريكين على القسمة وتخصيص كل واحد من الشركاء بحقه وان لم تحصل القرعة ، لصدق القسمة، وتسلط الناس على اموالهم وربما يقال باعتبار القرعة في مفهوم القسمة فلاتصدق بدونها فان القسمة تميز الحق عن الاخر ولامميز له في الشرع غير القرعة . وفي الجواهر : وظاهر الاساطين من الاصحاب المفروغية من

---

(١) ص ٣٣٩ ج ٤٠ .

اعتبارها فيها [١] وفيها أيضاً : فاصالة بقاء الشركة حينئذ بحالها بعد عدم دليل على الاكتفاء بالرضا معيناً .

أقول الحق ماعن الاكثر لصدق القسمة على التخصيص والافراز المذكور جزما فلاشك في صدق المفهوم حتى يمنع عن التمسك بالاطلاق والعموم ان كانا . لكن الظاهر عدم كثير ثمرة للبحث اذا المهم حصول تعيين حق كل من الشركاء بمجرد تراضيهم وان لم يصدق عليه القسمة لبناء العقلاء وعدم ردع من جانب الشرع ولو بحصر في ادلة القرعة .

مسألة ١٣٩ : هل يكفى مجرد الرضاء السابق في لزوم القسمة وعدم جواز فسخها من طرف واحد ام لا بل هي تقوم بالرضاء حدوثا وبقاء لاصالة بقاء الشركة ؟

قال بعض المعاصرين اذا اخذ كل واحد حصته فلا اشكال ولاخلاف في انه لايحق له ان يفسخ في غيرصورة الغبن ونحوه لانه بقبوله كون هذه الحصة له تعين ماله فيهذا عرفا ولم يردع منه الشرع، وقد يقال ان الحصة بعدالقسمة ماله ولاحق لغيره في ان يأخذه .

أقول: الظاهر انه أشتبه عليه مورد نفي الخلاف والاشكال في عبارة الجواهر ومتنها [٢] والا فالخلاف محقق حتى مع القرعة كما يأتي فضلا عما اذا خلت القسمة منها ، بل لم يكن لنفي الاشكال على نحو الجزم أيضاً محلا مناسباً .

وحجته مزيفة أيضاً اذ التعين وان حصل بالرضا الا ان الكلام في كونه علة محدثة فقط أوعلة محدثة ومبقية؟ لادليل على احدهما خصوصاً قبل التصرف والتلف بل اصالة بقاء الشركة يؤيد الثاني فتأمل . وعلى كل لافرق فيما ذكر

(١) ص ٣٣٠ نفس المصدر .

(٢) لاحظها في ص٣٢٨ ج ٤٠ المصدر .

بين الاخذ وعدمه بعد القسمة الا ان يدعى جريان بناء العقلاء على اللزوم في فرض الاخذ خصوصاً بعد التصرف والاستعمال فلاحظ .

وذهب بعض اساتيذنا الاعلام دام ظله الى انها عقد لازم لاصالة اللزوم في كل عقد والفسخ يحتاج الى دليل ومع فقده يحكم بلزومه وان أدعى وقوع الغلط فيها لاصالة الصحة الا اذا اثبته بالبينة ، ولو ادعى علم شريكه بوقوع الغلط فله احلافه على عدم العلم اذا انكر (١).

أقول : لامناص عما افاده ان ثبت كون القسمة عقداً لكنه مشكل جداً .

مسألة ١٤٠ : اذا قسم الشركاء الحق المشترك بالقرعة تلزم القسمة وان لم نقل انها عقد لازم. ولايعتبر الرضا بعدها بها خلافاً لجماعة من اصحابنا الاعلام (قدهم) وذلك لظهور ادلتها في اقتضائها التعيين والتمييز فمع حصوله بها لادليل على زواله وان كرهه احدهم بل الاصل على خلافه .

مسألة ١٤١ : مؤنة القسمة على المتقاسمين لاعلى خصوص طالب القسمة كما عن أبي حنيفة واحد وجهي الشافعية واستدل للاول بأن العمل المحترم قد وقع لهم اجمع فيستحق عوضه مالم يقصد التبرع به .

والظاهر انه لاخلاف بينهم في ان اجرة القسام اذا استاجروه في عقد واحد باجرة معينة و لم يعيينوا نصيب كل واحد منهم من الاجرة وكذا لو لم يقدروا اجرة، بالحصص لابالسوية بل هو المنقول عن أبي حنفية والشافعي ومالك .

اقول هذا فيما اذا زاد العمل بزيادة الحصص واضح وأما في غيره فان تم اجماع او ما ذكره صاحب الجواهر من الوجه فهو والا فيمكن الذهاب الى توزيع الاجرة بمقدار العمل على الحصص .

---

(١) في احلاف الشريك كلام كثير للفقهاء فان شئت الاطلاع عليه لاحظ ص٣٦١ الى ص٣٦٤ ج ٤٠ من الجواهر والاصح ما اختاره الاستاذ هنا .

ثم الظاهر عدم الفرق في ذلك بين اجرة القسام وسائر مثونات القسمة نعم اذا فرض تعلق الضريبة الحكومية على الرؤس دون الحصص يراعى الرؤوس.

مسألة ١٤٢ : اذا كان المال المشترك متساوي الاجزاء وصفا وقيمة كذوات الامثال مثل الحبوب والادهان ونظائرها يجبر الممتنع على القسمة [1] اذا طالبها شريكه بلا اشكال والظاهر انه لاخلاف فيه أيضاً لبناء العقلاء على وجوب اجابة الشريك في ذلك وليس اتفاق الفقهاء اجماعاً تعبديا كما زعمه غير واحد فأنه من اتفاق العقلاء. هذا اذا طالب قسمة الاعيان المشتركة ولو طالب قسمتها (وكانت اجناساً مختلفة) انواعاً بالقيمة ليخص كل شريك بنوع منها لم يجبر الممتنع عليها وكذا اذا طلب احدهما انفراده بسفل الدار او علوها مع امكان قسمة كليهما لكل منهما فلا يجبر المتنع وكذا اذا كانت القسمة ضررية لم يجبر لقاعدة نفي الضرر .

مسألة ١٤٣ لو كان مال احدهما كثيراً ورديئاً ومال الاخر قليلا وجيداً فعدلا السهام واقتسماه فان قلنا ان القسمة بيع او معاوضة لم تجز للربا مع شروطه وان قلنا انها تعاوض بين مال كل منهما في كل من الحصتين وان عنوانها التمييز بين الحقين فلا مانع منها لعدم جريان حكم الربا فيه .

الا ان يقال ان اطلاق الروايات الواردة في الربا يشمل المقام أيضاً وان قال صاحب الجواهر انه لااشكال في صحة القسمة عندنا ولكنى متوقف فيها .

مسألة ١٤٤ : اذا كان المال المشترك متفاوت الأجزاء كالاشجار والظروف والجواهر ونحوها فان امكن قسمتها بكسرها وتجزئتها من دون ضرر وجب الاجابة لطالب القسمة ويجبر الممتنع عليها لما مرّ وان استلزم كسرها ضرراً كما هو الغالب يعدل السهام بالقيمة كما اذا فرض جنساً يسوى الفاً وجنسين

(١) تسمى هذه القسمة بقسمة افراز .

يسوى كـل واحد منهما خمسمأة فيأخذ أحدهما الاول وثانيهما الاخرين ولو بالقرعه [١] وقيل لايجبر الممتنع عليها اصلا وقيـل بالتفصيل بين مـا يعد شيئاً واحداً كالارض فيدخل فيه الاجبار وبين ما لايعد شيئاً واحد كالسيارة والدار فلا يدخل فيه الاجبار وما قلنا هو الصحيح .

مسألة ١٤٥ : لولم يمكن التعديل الا بالرد كما اذا فرض قيمة الجنس في مفروض المسئلة السابقة بألف وعشرين فيجب على آخذه رد العشرة الى شريكه [٢] ففي مثل هذه القسمة هل يجبر الممتنع اولا ؟ قيل لاخلاف ولااشكال في عدم صحة القسمة ما لم يتراضيا معاً فأن الضميمة ليست من المال المشترك فلاتستقر الا بالتراضي ولاوجه للجبر عليها ، بل لعله كذلك عندالعامة أيضاً .

بل ذهب بعضهم الى عدم لزومها مع التراضي والقرعة اذا لم يبق الرضا بعدها لانها تتضمن معاوضة ولايعلم كل واحد من يحصل له العوض فلا يتحقق رضا المعاوضة قبل القرعة .

وعلى الجملة ان قسمة الرد قسمة وبيع فيعتبر فيه ما يعتبر في مطلق البيع وردبان ظاهر الجميع كون هذه القسمة فرداً من افراد القسمه وان كان لااجبار فيها لاأنها قسمة وبيع حتى ان من اعتبر الرضا بعد القرعة فانما يريد الرضابها قسمة وهو غير الرضا المعتبر في انشاء المعاوضات المعلومة وكانه اشتبه عليهم العوض بالمعاوضة المصطلحة .

أقول: وعليه فالظاهر لزوم القسمة بالقرعة وعدم جواز الامتناع من أحدهما. ثم الاظهر اجبار الممتنع على القسمة هنا أيضاً كالقسمين الاولين لعموم بناء العقلاء كما يظهر من سيدنا الاستاذ أيضاً وهو صريح بعض لكن ذهاب المشهور الى

---

(١) هذه القسمة تسمى بقسمة تعديل .

(٢) هذه القسمة تسمى بقسمة الرد وهي فرد من قسمة التعديل .

خلافه مع انهم من كاملي العقلاء يثبطنا عن الجزم ، فليس في المقام اطلاق او عموم لفظي لم نلتفت الى مخالفة المشهور اعتماداً عليه. الا ان يقال ان منعهم من الاجبار ليس لاجل عدم احراز بناء العقلاء وعدم المقتضى له بل لعله لوجود مانع عندهم مثل ان الرد بيع ولا اجبار فيه ونحو ذلك فاذا لم نقبل تلك الموانع نبني على البناء المذكور فلا حظ وتأمل وعلى كل الاحوط للممتنع اجابة شريكه في طلبه القسمة .

مسألة ١٤٦ : لو كان المال المشترك بين شخصين غير قابل للقسمة خارجاً وطلب احدهما القسمة ولم يتراضيا على ان يتقبله احدهما ويعطى الاخر حصته من القيمة اجبرا البيع وقسم الثمن بينهما وكذا اذا كان قابلا للقسمة ولم يتمكن واحد منهما على الرد كل ذلك لبناء العقلاء ولكن يظهر من صاحب الجواهر المفروغية من عدم الاجبار عليه [١] ولم اعلم له وجه مقنع فتأمل فانه اولى بالمنع من المسألة السابقة .

مسألة ١٤٧ : اذا كانت القسمة ضررية على كليهما أوعلى أحدهما فلايجبر الممتنع لقاعدة لاضرر نعم اذا رضيا أورضي المتضرر صحت لتسلط الناس على أموالهم لكن اذا كان الضرر بالغاً حد الاسراف لم تجز لحرمته لكنها تكليفية وان بلغ الى الخروج عن التمول قيل اشكل جوابه الى ذلك لانه سفه .

مسألة ١٤٨ : في اللمعة وشرحها : لوطلب أحدهما المهاباة وهي قسمة المنفعة بالاجزاء والزمان جاز ولم تجب اجابته . . وعلى تقدير الاجابة لايلزم الوفاء بها بل يجوز لكل منهما فسخها فلو استوفى أحدهما ففسخ الاخر أو هو كان عليه أجرة حصة الشريك .

مسألة ١٤٩: اذا كان في القسمة ضرر على أحدهما وفي عدمها على ثانيهما

(١) ص٣٤٩ ج٤٠ .

يمكن الرجوع الى الترجيح بأكثرية الضرر ومع التساوي الى القرعة . هذا كله اذا كان الشركة بفعلهما أوبفعل غيرهما واما اذاكان بفعل أحدهما فلابد له من تحمل الضرر مقدّمة لتخليص مال الغير ولايجري في حق مثله قاعدة نفي الضرر فلاحظ وتأمل .

مسألة ١٥٠ : اذا ظهر بعض المال مستحقاً للغير بعد القسمة فان كان في حصة أحدهما دون الاخر بطلت القسمة بلاخلاف ولااشكال لزوال التساوي في الحصتين وان كان في حصتهما معاً فان كانت النسبة متساوية صحت القسمة لعدم موجب لفسادها الا اذا أحدث ضرراً في حصة أحدهما خاصة مثل أن يسد طريقه مثلا أوكان الغير ممن يعتبر رضاه في القسمة كما اذا كان أحد الشركاء ولم يعلما به فان القسمة باطلة لعدم حصولها برضى جميع الشركاء وان لم تكن النسبة متساوية بطلت لعدم التساوي في الحصتين وكذا اذا ظهر في حصة أحدهما عيب . وقيل من دون فرق بين ان يكونا عالمين بالاستحقاق أوجاهلين أوأحدهما جاهلا دون الاخر ، فان القسمة مع العلم بالاستحقاق المبطل للتعديل لاتدل على انتقال نصيب أحدهما أوشيء منه الى الاخر انتقالا لازماً .

مسألة ١٥١: اذا قسم الورثة تركة الميت بينهم ثم ظهر دين على الميت فان أدى الورثة دينه أوابراء الدائن أوتبرع به متبرع صحت القسمة لان التركة لهم بلاخلاف والا فان قلنا ببقاء ملك الميت بمقدار الدين أو الوصية بطلت القسمة لاشتراك التركة بينه وبين الورثة في فرض عدم استيعاب الدين والاّ فهي كلها ملك للميت أوبحكم ملكه وان قلنا بانتقال التركة حتى مع الدين المستوعب الى الورثة وملكيتهم كما بنى عليه صاحب الجواهر في كتاب الشركة وغيرها (١) فالقسمة صحيحة وان بيع نصيب الممتنع منهم من وفائه .

---

(١) لاحظ ص٣٣٨ الى ص٣٥٢ ج١ من قضاء الميرزا حبيب الله الرشتي قدس سره .

ثم ان الوصية اما بالعين الخارجية فهي تدخل في المسألة السابقة بلااشكال واما على الذمة كما اذا قال اعطوا زيداً سيارة وليس في أمواله سيارة واما على النحو الكلي في العين كما اذا قال أعطوه سدس أموالي فهي داخلة في ما نحن فيه .

واما ان قال اجعلوه كأحدكم فهل هو داخل في المسألة السابقة أو فيما نحن فيه؟فيه وجهان والاقرب بطلان القسمة رأساً بدون رضى الموصي اليه في هذا الفرض .

مسألة ١٥٢: قال في محكى القواعد: القسمة لازمة ليس لاحد المتقاسمين فسخها الا مع الاتفاق عليها . وأورد عليه بأن التسلط ليس مشرعاً حتى يتحقق القسمة من دون امتزاج أواختلاط كمالاتتحقق بدونه من دون سبق شركة وابتداء،

أقول:الظاهر عدم فسخ القسمة اللازمة والرجوع الى الشركة السابقة بمجرد الاتفاق كعدم حصول الشركة ابتداء بمجرد الاتفاق وبدون سببها ، وامّا في القسمة غير اللازمة فالظاهر عود الشركة السابقة بالتوافق .

مسألة ١٥٣: نقل عن العلامة وغيره عدم جواز قسمة الدين ولو مع التراضي فما يحصل منه فهو بينهما ومايتوى فهو عليهما ، ويدل عليه روايات :

منها رواية عبدالله بن سنان سئل الصادق عليه السلام عن رجلين بينهما مال، منه دين ومنه عين فاقتسما العين والدين ، فتوى الذي كان لاحدهما من الدين أو بعضه وخرج الذي للاخر أيرد على صاحبه ؟ قال : نعم ما يذهب بماله (١).

ومنها صحيحة غياث عن الصادق عن أبيه عن أمير المؤمنين عليهم السلام عن رجلين بينهما مال منه بايديهما ، ومنه غائب عنهما فاقتسما الذي بايديهما ، واحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقتضى احدهما ولم يقتض الاخر، قال مااقتضى

(١) ص١٨٠ ج١٣ من الوسائل .

احدهما فهو بينهما وما يذهب بينهما [١] .

ومنها صحيحة سليمان بن خالد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بايديهما ومنه متفرق عنهما فاقتسما بالسوية ماكان في ايديهما، وماكان غائباً فهلك نصيب احدهما مما كان غائباً واستوفى الاخر، عليه ان يرد على صاحبه ؟ قال : نعم مايذهب بماله [٢] .

وفي صحيح على عن أخيه الكاظم عليه السلام قال سألته عن رجلين اشتركا في السلم أيصلح لهما ان يقتسما قبل ان يقبضا ؟ قال : لابأس به [٣].

أقول رواية بن سنان لاجل محمد بن زياد بن عيسى غير قوية سندا لكن المتوسطين تفصليتان بين المال الحاضر والغائب واطلاقهما يدل على فتوى العلامة ومدلولتهما بطلان القسمة مطلقاً اذا وجد النقص في نصيب احدهمابعد القسمة في العين والدين فضلاعما اذا ظهر وتبين ولا ادري رأي الاصحاب فيه، لكن لاعذر في ترك العمل بهما، وأما الاخيرة فهي تدل على مجرد صحة القسمة قبل القبض ولانظارة لهاالى فرض طروء النقص أو ظهوره بعدها كما لايخفى فلاحظ .

---

(١) ص١٧٩ وص١٥٩ المصدر .

(٢) ص١١٦ المصدر .

(٣) ص١١٧ المصدر .

القول فى القرعة

مسألة ١٥٤ : استدل على ثبوت القرعة بالأدلة الاربعة :

فمن القرآن قوله تعالى: اذ يلقون اقلامهم أيهم يكفل مريم (آل عمران ٤٤)

وقوله تعالى فساهم فكان من المدحضين (الصافات ١٤١)

أقول : الاية الاولى وان دلت على مشروعيتها اذ من الملقين زكريا عليه السلام لكن سحبها في الشريعة الاسلامية فاقد للدليل كما تقرر في محله، والآية الثانية لاتدل على اصل المشروعية في ذلك الدين أيضاً لان المحتمل ولو بقرينة صحيح جميل المذكور في تفسير البرهان ان فاعل المساهمه هم أهل السفينة ولاحجية في فعلهم والحكاية لاتدل على الامضاء الا بمعونة بعض الروايات الاتية فيكون الاستدلال بها لكن ظاهر الاية ان فاعل المساهمة هو يونس (ع).

وأما الاجماع المدعى ففيه انه مستند الى الروايات فلايكون تعبديا جزما.

وأما العقل ففسر بعضهم ببناء العقلاء على استعمالها في موارد الجهل والاشكال ولكن ثبوته بنحو يكون عدم ردع الشارع عنه امضاء محل تامل بل منع .

فالعمدة هي الروايات[١] المعتبرة سنداً اذ لاعبرة بالضعاف ولايعتمد عليها في استنباط الاحكام الشرعية وهي على قسمين خاصة وعامة ، وأما الخاصة فاليك اكثرها :

الف صحيح الحلبي عن الصادق عليه‌السلام : اذا وقع الحر والعبد والمشرك على امرأة في طهر واحد وادعوا الولد اقرع بينهم وكان للذي يقرع [٢].

مورد القرعة في هذه الرواية من الموضوعات الخارجية التي لها واقع مجهول ولولا القرعة لم يكن للقاضي طريق الى قطع النزاع من امارة اواصل وغاية الامر تخييره في الحاق الولد باحدهم في فرض حلف الجميع اونكولهم وهو ليس من الاصول العملية [٣] .

فالقرعة نفت احتماله ونفت الحاق الولد بالحالف الواحد في فرض نكول غيره لو فرض للحلف وجه معقول .

(ب) ومثله صحيح أبي بصير عن الباقر عليه‌السلام ... فقال(علي عليه‌السلام) يارسول الله اتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطأها جميعهم في طهر واحد ، فولدت غلاماً فاحتجوا فيه كلهم يدعيه فاسهمت بينهم فجعلته للذي خرج سهمه وضمنته نصيبهم

(١) ادعى بعضهم تواترها .

(٢) ص١٨٧ ج١٨ الوسائل لكن اذا قدر الطب الحديث على تشخيص اب الولد بمعاثنة دمهما وغير ذلك لاتصل النوبة الى القرعة .

(٣) بناء على تفسير التخيير الذى هو من الاصول العملية بدوران الامر بين الوجوب والحرمة. واعلم ان التخيير أما تعبدى يثبت بكلمة أو ونحوها كصل اوتصدق واما عقلى كالتخيير فى ايجاد الطبعية فى ضمن افرادها الطولية والعرضية وكالتخيير فى دوران الامر بين المحذورين .

فقال رسول الله ﷺ ليس من قوم تقارعوا ... [١] ولامجال للحلف فيه لتحقق وطء الجميع في طهر واحد ومعه لاسبيل لتعلق علمهم بكون النطفة منه .

ثم ان الصحيح الاول [٢] ظاهر في ان ولد الزنا ولد كولد النكاح اذ لو كان كالاجنبي لم يكن للقرعة مورد ولاثمرة له فوجوب النفقة والمحرمية وحرمة التزوج ونحو ذلك ثابتة لمطلق من يتولد من الشخص، وهو ولد لغة وعرفاً بل وشرعا بهذه الرواية وامثالها ونفي بعض الاثار كالارث من ولد الزنا لايوجب نفي ولديته كما توهم كيف ولا اظن باحد ان يجوز تزويج انثى متولدة من رجل زنى بامها، بدعوى انها ليست ببنته بل هي اجنبية وكذا تزويج الام الزانية بابنها [٣] .

وعلى كل مورد القرعة في هذين الصحيحين هي صورة التنازع فيكون الاقراع من وظيفة القاضي لامحالة وهذا بخلاف الروايات الاربع الاتية اذ لم يفرض فيها النزاع فالاقراع وظيفة المكلف نفسه كالمالك والوصي .

(ج) صحيح ابراهيم عن الصادق عليه السلام في رجل قال اول مملوك املكه فهو حر فورث ثلاثة، قال يقرع بينهم فمن اصابه القرعة اعتق، قال والقرعة سنة [٤].

---

(١) ص١٨٨ ج١٨ الوسائل .

(٢) لان الصحيح الثاني قضية في واقعة فلعل الوطء فيها وطء شبهة.

(٣) وفي الشرائع والجواهر ان ولد الزنا لايلحق بالزاني بل بزوجها ان كان لها زوج ، وحمل الروايات على الوطء بشبهة وفيها : فمذهبنا الرجوع الى القرعة سواء كان الواطئان مسلمين أو كافرين او عبدين اوحرين او مختلفين في الاسلام والكفر والحرية والرق او ابا او ابنه . ثم قال : ولو علم سبق احدهما على الاخر في الوطء ففي الحاقه بالاخير أو بالقرعة أيضاً بحث مر في كتاب النكاح كما مر البحث في حكم وطء الثاني بعد تخلل الحيضة بينه وبين وطء الاول ... ص٥١٦ وص٥١٧ ج ٤٠ من الجواهر .

(٤) ص ١٨٧ ج١٨

(د) ومثله صحيح الحلبي : لكن فيه : فورث سبعة جميعاً [١].

(هـ) صحيح محمد بن مسلم قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل يكون له المملوكون فيوصى بعتق ثلثهم قال : كان علي عليه السلام يسهم بينهم [٢].

(و) ومثله صحيحه الاخر عن الصادق عليه السلام أو هو هو [٣].

مورد القرعة في هذه الروايات الاربع موضوع خارجي لا واقع له فما عن بعض الفقهاء من تخصيصها بماله واقع مجهول غير قوي سيما بملاحظة قوله عليه السلام في صحيح ابراهيم القرعة سنة .

ثم انه لولا القرعة لحكم العقل في فرض الوصية ـ مورد الخبرين الاخيرين ـ بالتخيير كحكمه به في افراد كل كلي. فهي لاتنافي الاصول العملية بل استفادة وجوب القرعة منهما ونفى تخيير الوصى مشكل لان العمل لايدل على اللزوم والحصر .

وفي مورد النذر لزم الرجوع الى قصد الناذر فان كان مراده الواحد بشرط اللا لم يجب عليه العتق في مفروض السؤال لتملكه أكثر من واحد وان كان مراده الواحد اللابشرط ليكون مراده من نذره عتق المملوك في التملك الاول كما هو المستفاد من جواب الامام في الخبرين [٤] فهو مخير في عتق ايهم شاء تخييراً عقلياً مطرداً في جميع الكليات بايجادها في ضمن اي فرد شاء المكلف.

(ز) الروايات المتعددة الدالة على اقراع الحاكم في تعيين من يحلف حتى

---

(١) ص ١٩٠ ج ١٨ الوسائل

(٢) ص ١٩١ المصدر .

(٣) ص ١٨٨ المصدر .

(٤) ويحتمل غفلة الناذر عن الحالتين وبناء الامام على الوجه الثاني للظهور العرفي وتغليبا لجانب العتق فلاحظ .

يقضى له في فرض تعارض البينتين اللتين اقامهما المتنازعان وننقل هنا احديهما وهي صحيحة عبد الرحمن عليه السلام عن الصادق قال : كان علي عليه السلام اذا اتاه رجلان (يختصمان) بشهود عدلهم سواء وعددهم اقرع بينهم على ايهما تصير اليمين... ثم يجعل الحق للذي يصير عليه اليمين اذا حلف [١].

ولولا القرعة احتمل تقسيم المدعى به بناء على قاعدة العدل والانصاف وسيأتي مزيد بحث فيه .

(ح) في صحيح حريز عن احدهما عليهما السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام باليمين في قوم انهدمت عليهم دار لهم فبقى صبيان احدهما مملوك والاخر حرفاً سهم بينهما فخرج السهم على احدهما فجعل المال له واعتق الاخر .

هكذا في الجزء السابع عشر من الوسائل في كتاب الميراث ص ٥٩٢ ولكن في الجزء الثامن عشر في كتاب القضاء ص١٨٩: عن حريز عمن أخبره عن أبي عبد الله فيكون الخبر ضعيفاً مرسلا .

ويظهر من محشي الوسائل ان الاول منقول من ص٣٦٢ ج ٩ تهذيب الاحكام والثاني منقول من ص٢٣٩ ج٦ منه وفي صحيح حماد عن الحسين بن المختار عن الصادق في مثل القضية: ليس كذلك ولكن يقرع بينهما فمن اصابته القرعة فهو الحر ويعتق هذا فيجعل مولى له [٢] .

لكن في موضع اخر من الوسائل[٣]: عن حماد عن المختار فتصبح الرواية مجهولة ولكن لايبعد اشتباه الاخير الاان في الحسين بن المختار كلا ماذكرناه في كتابنا فوايد رجالية (بحوث في علم الرجال) .

---

(١) ص١٨٣ ج١٨ الوسائل .

(٢) ص٥٩٣ ج١٧ .

(٣) ص١٨٨ ج١٨ .

وفي رواية ابن مسلم عن احدهما عليه السلام : يسهم عليهما ثلاثاً ولاءاً يعني ثلاث مرات فايهما اصابه السهم ورث من الاخر [١] لكن في السند الحسن بن ايوب وهو مجهول .

(ط) صحيح الفضيل بن يسار قال سألت أبا عبدالله عن مولود ليس له ما للرجال ولا له ما للنساء قال يقرع عليه الامام او المقرع يكتب على سهم عبدالله وعلى سهم امة الله .. ثم تجال السهام على ماخرج ورث عليه[٢] ومثله غيره. وهذا هو المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمه، بل عن السرائر وظاهر الغنية والتنقيح الاجماع عليه[٣].

(ى) صحيح محمد بن عيسى عن الرجل عليه السلام انه سئل عن رجل نظر الى راع نزا على شاة ، قال: ان عرفها ذبحها واحرقها ، وان لم يعرفها قسمها نصفين أبداً حتى يقع السهم بها فتذبح وتحرق وقد نجت سائرها [٤] .

مورد القرعة الشبهة المقرونة بالعلم الاجمالي الموجب للاحتياط لو لا الرواية ولا يصح التعدي عنه الى سائر موارد العلم الاجمالي جزماً وان عسر الاحتياط او كان ضررياً كما اذا علم بنجاسة احد الظروف العشرة التي فيها مايعات غالية القيمة حسب الرأي السائد الفقهي ، رغم صحة جريان نفي الضرر فيه . لكن الفقهاء لم يقولوا فيها بالقرعة ولم ينفوا وجوب الاحتياط في موارد الضرر بالضرر واما الأخبار العامة فاليك ما وقفت عليه عاجلا .

١ ـ ما تقدم من ذيل صحيح الحلبي السابق عن الصادق عليه السلام : والقرعة سنة. هذه الرواية تثبت مشروعية القرعة في ماله واقع مجهول في فرض التنازع

---

(١) ص٥٩٣ ج١٧ الوسائل.

(٢) ص٥٨٠ ج١٧ .

(٣) ص٢٩٥ ج٣٩ الجواهر .

(٤) ص٤٣٦ ج١٦ .

أو مطلقاً .

٢ ـ صحيح زرارة ... انما جاء الحديث بأنه ليس من قوم فوضوا امرهم الى الله ثم اقترعوا الاخرج سهم المحق [١] .

٣ ـ قول رسول الله ﷺ في صحيح أبي بصير السابق عن الباقر عليه السلام ليس من قوم تقارعوا ثم فوضوا امرهم الى الله الاخرج سهم المحق .

٤ ـ ما رواه الصدوق باسناده عن محمد بن حكيم قال سألت أبا الحسن عن شيء فقال لي : كل مجهول ففيه القرعة. قلت له ان القرعة تخطيء وتصيب قال : كل ما حكم الله به فليس بمخطيء [٢] .

أقول: الاسناد صحيح ومحمد بن حكيم يمكن اثبات حسنه ببعض الروايات المعتبرة فتدبر . وقال الشهيد (ره) فى القواعد والفوايد [٣] : ثبت عندنا قولهم عليهم السلام : كل امر مجهول فيه القرعة . اقول وهذا يؤيد هذا الحديث الا ان يفرض ان نظر الشهيد في قوله هذا الى مجموع الروايات والمستفاد منها لكنه خلاف الظاهر وان كان مناسباً باللاعتبار .

٥ ـ صحيح منصور بن حازم قال سأل بعض اصحابنا أبا عبدالله عليه السلام عن مسألة ، فقال هذه تخرج في القرعة ثم قال: فأي قضية اعدل من القرعة اذا فوضوا امرهم الى الله عزوجل أليس الله يقول: فساهم فكان من المدحضين [٤] قيل ان القرعة .

في مورد الاية كان لها واقع ،فان الحوت انما كان يطلب خصوص يونس عليه السلام فلا تعم الرواية ما ليس له واقع، ولكن السيد الاستاذ دفعه بان ذلك لم يكن معلوما لاهل السفينة

---

(١) ص١٨٨ ج١٨ الوسائل .

(٢) ص١٨٩ ج١٨ .

(٣) ص١٨٣ ج٢ الطبعة الجديدة بقم فى القاعدة (٢١٣) .

(٤) ص١٩١ ج١٨ .

والا اخذوا يونس والقوه في البحر بلا قرعة ، نعم ان أهل السفينة اعتقدوا ان الحوت انما يطلب شخصاً لابعينه فاقترعوا بينهم لتعيين من يختاروا فالقرعة انما كانت لتعيين ما ليس له واقع والامام استدل بالاية المباركة على مشروعية القرعة في مثل هذا المورد .

أقول : ما افاده مخالف لصحيح جميل عن الصادق عليه السلام ففيه ... فلما توسطوا البحر بعث الله حوتاً عظيما فحبس عليهم السفينة من قدامها فنظر اليه يونس ففزع منه وصار الى مؤخر السفينة فدار الحوت اليه وفتح فاه فخرج أهل السفينة فقالوا فينا عاص فتساهموا فخرج لهم يونس ... (١) .

والحق ان الرواية مطلقة والاستشهاد بالاية في ذيلها لايكون قرينة على تخصيصها بماله واقع مجهول فانه لمجرد بيان المشروعية ظاهراً .

٦ ـ صحيح بن مسكان عن اسحق العزرمي (المرادي) الذي لم يثبت حسنه في الرجال عن الصادق عليه السلام : وأي قضية اعدل من قضية يجال عليها السهام ان الله تبارك وتعالى يقول فساهم فكان من المدحضين (٢) .

وقريب منه صحيح ثعلبة عن بعض اصحابنا عنه عليه السلام ورواية بن مسكان(٣).

مسألة ١٥٥: الظاهر جواز التعدي من الروايات الخاصة الى خصوص اختيار الفرد من بين أفراد الكلي المعلوم حكمه لعدم احتمال خصوصية في الموارد المنصوصة حسب بناء العقلاء ومتفاهم العرف والامر سهل بعد وجود العمومات ، نعم لايمكن التعدي الى ترجيح احدى الحجتين المتعارضتين

---

(١) ص٣٥ وص٣٦ ج٤ تفسير البرهان .

(٢) ص٥٧٩ ج١٧ الوسائل .

(٣) ص٥٨٠ و ص٥٨١ ج١٧ .

على الاخرى بالاقراع ولابد من الاقتصار على مورد النص كماسيأتي تفصيله في المباحث الاتية .

مسألة ١٥٦: كماتجرى القرعة فيما له واقع مجهول تجري فيما ليس له واقع لاطلاق صحاح زرارة وأبي بصير ومنصور. ويؤيده أو يدل عليه بعض الروايات الخاصة المتقدمة الواردة في خصوص مالم يكن له واقع . وكما تجري في التنازع تجري في غيره للاطلاق .

مسألة ١٥٧ : يظهر من صاحب الجواهر في بعض الفروع [1] ان محل القرعة انماهو فيمايقتضي انحصار الحق في أهل النزاع والتخاصم كي يستخرج بالقرعة وأمااذا احتمل كونه لغيرهم فلامحل لها. فاذا تنازعا في مال ليس لواحد منهما يد عليه أو هو في يد ثالث يدعيه جهله به ويقول لاأدري لمن هو ولا بينة لاحدهما، يحكم بالتنصيف بحلفهما ولامجال للقرعة لاحتمال كون المدعى به لغيرهما. ولكن ذهب جمع الى القرعة فيه أما لاجل عدم اعتبار هذا الشرط أو كفاية مجرد الدعوى أومع الحلف لاثباته .

قلت: الروايات الخاصة كلها وردت في مورد انحصار الحق فيمن يقرع لهم أوعليهم ولادلالة للروايات العامة على أزيد منها ظاهراً فاعتبار هذا الشرط حسن ومجرد دعواهما الملكية لاتكفي لاثبات الانحصار عند الحاكم واثباته بالحلف المتقدم على القرعة أوالمتأخر عنها محل نظر أومنع .

مسألة ١٥٨ : المستفاد من جملة (ثم فوّضوا أمرهم الى الله) اعتبار رضى المتنازعين بها لكن الاظهر عدمه كمايظهر من رواية حريز بل المعتبر تفويض المقرع أوالمقرعين أمرهم الى الله سبحانه وتعالى .

مسألة ١٥٩ : ظاهر الروايات ان القرعة تكشف عن الواقع وسبب حجيتها

---

(١) ص٤٠٩ ج ٤٠

هي كشفيتها فتكون امارة ودليلا لا أصلا عملياً .

نعم لابد من توجيه مافي آخر روايـة ابن الحكيم وتأويلـه ضرورة ان القرعة غيرمفيدة للقطع بالواقع ولعل المراد نفي الخطأ في جعلها حجة وان الله لايأمر بشيء فاقد للمصلحة وان شئت فقل انه نفي خطأ نوعي. وعليه فاذا تبيّن الواقع بعد القرعة بالعلم يعمل به وتترك القرعة حتى على قول المصوبة لبطلان التصويب في الموضوعات فافهم، وكذا اذا قامت البينـة على خلافها فانها تجعل المجهول معلوماً وتبيّن المحق فلامعنـى لبقاء تفويض الامر اليه تعالى بالقرعة بل يفوض الامر اليه بقبول البينة فلاحظ .

مسألة ١٦٠: استظهر الشيخ الانصاري (قده) من الاخبار السابقة أعميتها من جميع أدلـة الاستصحاب فلابد من تخصيصها بها [1] نعم هي واردة على اصالة التخيير واصالتي الاحتياط والاباحة ـ اذا كان مدركهما العقل، وان كان مدركهما تعبداً لشارع بهما في مواردهما فدليل القرعة حاكم عليهما لكن ذكر في محله أنّ أدلّـة القرعة لايعمل بها حتى جبر عمومهـا بعمل الاصحاب أو جماعة منهم .

ويقول الفقيه الهمداني في حاشيته على المقام: القرعة لاتعارض شيئاً من الادلة والاصول الجارية في الاحكام والموضوعات بل الظاهر اختصاص موردها بالشبهات الموضوعيـة التي لم يثبت لتشخيص حكمها طريق شرعي أو أصل تعبدي لان القرعة انما هي لكل أمر مشكل[2] والمتبادر من كونه مشكلا كونه

---

(١) لافرق فى ذلك بين كونها امارة أوأصلا اذ لولا التخصيص لبطل الاستصحاب من رأسه .

(٢) ومماسبـق تعرف عدم ثبوت عنوان المشكل والمشتبه فى الروايات المعتبرة بل عنوان المجهول هو المأخوذ فى رواية بن الحكيم .

على وجه يتخيّــر المكلف في تشخيص حكمــه في مقام العمل ومع وجود طريق شرعي (ولو تعبدي) يرتفع الاشكال، ولايقال عليه انه أمر مشكل [١] ولذا نفينا جريانها في الاحكام الكلية، اذ ليس في الشريعة حكم شرعي لايمكن استفادته من الادلة الشرعية ولو في مرحلة الظاهر ...

نعم أدلتها بحسب الظاهر تعمّ مورد التخيير لو كان مدركـه منحصراً في العقل ولكنّ التعميم بحسب الظاهــر خلاف الاجماع اذ الظاهر عدم القول بجواز تعيين الحكم الشرعي بالقرعة .

وقال أيضاً : ولو اغمض عن ذلك وقيل بان ظاهر اخبارها لدي الجهـل بحكم شيء مطلقــاً فاخبارها بظاهرها اعم مطلقاً من ادلة ساير الاصول أيضــاً كالاستصحاب ، فمقتضى القاعدةانه ان امكن تخصيصها بالجميع تعين والا بان استوعب التخصيص أو استلزم تخصيص الاكثر المستهجن وقعت المعارضة بينها وبين ادلة ساير الاصول ... وقيل غير ذلك [٢].

أقول: المتيقن من روايات القرعة العامة هو حجية القرعة في الموضوعات الخارجية التي لاتجرى فيها احد الاصول العملية [٣] كتشخيص فرد أو فردين أو أكثر من الافراد المنطبق عليها الطبيعي كما مرّ نظيره في بعض الروايـات الخاصة ، وذلك لعدم جريان بناء الاصحاب على العمل بها مطلقاً ، فاذا عـلم ان لاحد من خمسة اشخاص عليه دين فلايجوز الرجوع في تعيين الدائن الى القرعة

---

(١) يعنى ان أدلة الاصول والامارات حاكمـة عليها كما صرح بـه فيما بعد من كلامه .

(٢) لاحظ ص٥١ ج١ القواعد الفقهيه .

(٣) لاحظ ص٢٣ ج٢ القواعد والفوايد للشهيد (ره) حيث ذكر جملة من مـوارد القرعة .

لاستصحاب بقاء الحق على ذمته بعد الدفع الى واحد منهم فتأمل وكذا اذا ترددت زوجة احدبين المرأتين أوتردد زوجه بين رجلين ونحو ذلك .

مسألة ١٦١ : اذا قرع بين واجبات موسعة أومخيرة أو بين مستحبات فلا اظن بهم يفتون بوجوب ماتعين بالقرعة تعييناً أوفوراً وكذا اذا قرع جماعة في اتيان خدمة تنفعهم كاشتراء الطعام من محل بعيد في ساعة حارة أوباردة مثلا فلا يظن باحد يوجب العمل على من خرج السهم بأسمه .

بل يمكن القول بعدم لزوم العمل على وفقها في مورد الرواية الثالثة والرابعة والخامسة من الروايات الخاصة وبقاء التخيير حتى بعد القرعة .

نعم المتيقن من لزوم الالتزام بها هوفرض التنازع والتحاكم اوقام الدليل بخصوصه عليه كما في مورد الرواية التاسعة والعاشرة المتقدمتين وفي جواز اعادة القرعة فيهما اشكال . وتنقيح المقام محتاج الى مزيد تأمل .

مسألة ١٦٢ : ليس للقرعة كيفية معينة بل هي موكولة الى العرف ومافي بعض الروايات من الدعاء المخصوص يحمل على الافضل .

مسألة ١٦٣ : القرعة قد تكون لاحزاز واقع خارجي كما في مورد الرواية الثامنة والتاسعة والعاشرة وقد تكون لاحداث الفعل على وجه دون وجه كما في مورد جملة من الروايات السابقة وقد تكون لترجيح الفعل على الترك أو الترك على الفعل كما في الاستخارة المتعارفة هذا، ونقل عن المقدس الاردبيلي (ره) انه فهم تحريم الاستخارة المشهورة من قوله تعالى: وان تستقسموا بالازلام ذلكم فسق .

أقول: الخيرة المعروفة انما هو لمعرفة رجحان الفعل على الشرك واين هي من طلب القسمة بالازلام ـ السهام التي لاريش عليها ـ والظاهر ان المراد هو طلب قسمة اجزاء لحوم الحيوان بوسيلة السهام على نحو القمار فهذه كما

لاترجع الى الخيرة المعروفة لاتدخل في مطلق القرعة أيضاً اذ مورد القرعة الجهل وهنا ملكية اللاعبين للحوم الحيوان معلومة وانما يضربون بالازلام لاخذ حق الاخرين .

نعم في سورة المائدة آية اخرى ربما تدل على حرمة القرعة في الجملة أومطلقها بشمول الخيرة المصطلحة وهي قوله تعالى : ياأيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون (المائدة ٩٠) .

فالمأمور بالاجتناب هو العمل بالازلام مطلقاً لاخصوص استقسام اللحوم بهاوقد روى في التفاسير ان شبيها بالخيرة المصطلحة ـ المسماة بذات الرقاع ـ كان معروفاً عند الجاهلية فنهاهم القرآن عنه .

وبالجملة ظاهر الاية هو لزوم الاجتناب عن استعمال الازلام في التفأل والتطير وبيان الحق وتعين المحق ونحو ذلك وان لم يصدق على متعلقه قماراً ولاينبغي الشك في عدم خصوصية للازلام فلايدار الحكم مدارها بل الممنوع هو الافعال المذكورة بكل شيء ولو كان سبحة أوحجارة أو وريقة أوقرطاساً ونحو ذلك .

واجيب عنه بان الاية المتقدمة في أول هذه السورة:(وان تستقسموا بالازلام) ظاهرة في الاستقسام بالاقداح الذي هو نوع من القمار لوقوعه في ضمن محرمات الاكل ويتأيد به ان ذلك هو المراد بالازلام في هذه الاية .

لكنه ضعيف جداً اذ لامنافاة بين المنع عن فرد خاص لجهة ثم المنع عن كليه وعامه .

لايقال القرآن نفسه شرع القرعة فكيف يمنعها بهذا الكلام؟ فانه يقال لم يدل القرآن على مشروعيتها في دين الاسلام فان عمل أهل السفينة في قصة يونس

عليه السلام لايثبت مشروعيتها في دينهم على وجه ضعيف فضلا عن ديننا وعمل المتخاصمين في تكفل مريم عليها السلام انما يثبت مشروعيتها في دينهم فقط ولادليل حتى من الاستصحاب انسحابها في هذه الشريعة .

واكثر شيء نقول ان الروايات المعتبرة دلت على مشروعية القرعة بل وجوبها في الجملة وروايات دلت على جواز الاستخارة المشهورة في الجملة[1] فيقيد استعمالها الممنوع بموارد القمار وغيره جمعا .

(١) وشرطه ان يوجد رواية معتبرة سنداً بين الروايات الواردة في الخيرة .

القول

فى بقية أحكام المدعى والمنكر

مسألـة ١٦٤ : مقتضى قاطعيـة التقسيم للشركة ومقتضى حصر المسند اليه المحلى باللام في المسند في قوله ﷺ : البينة على المدعى واليمين على من ادعى عليه . ومقتضى دلالة الروايات اثبات امور اربعة :

١ ـ كل مدع عليه البينة .

٢ ـ كل مدعى عليه(منكر) عليه اليمين.

٣ ـ لايمين للمدعى .

٤ ـ لابينة للمنكر .

لكن لم تبق واحدة من هذه الكليات على عمومها واليك بعض التخصيصات والتقييدات .

(الف) أما الكلية الاولى فقد خصصت بماذكره بعضهم واليك جملة منه :

الاول ادعاء الودعى رد الوديعة فانها يقبل من دون بينة وان انكره المالك وفي الجواهر [1] : وكذا يصدق (اي كما يصدق في ادعاء التلف) لـو ادعى الرد الى المالك أو وكيله على المشهور ، بل عن جماعة الاجماع عليه ، بل

(١) ص١٤٨ ج ٢٧ .

ارسلوه في غير المقام ارسال المسلمات وهو الحجة مضافاً الى كونه امينا والى غيرذلك مماسمعته في دعوى التلف، فما في القواعد وغيرها من النظر في غير محله نعم لايقبل قوله في ذلك في الرد على الوارث لانه لم ياتمنه . كما انه لو ادعى اذن المالك في دفعها الى غيره لايسمع الا بالبينة .

الثاني ادعاء اهل الحرب انهم من الفرق الثلاثة التى تقبل الجزية منهم ، فانه يقبل منهم ولايكلفون البينة ولم يجد فيه صاحب الجواهر خلافاً ولعله لكون الدين امرا قلبيا لايعرف الا من قبل صاحبه بل قد تتعذر اقامة البينة عليه[١].

الثالث ان الامين ـ سواء كانت الامانة شرعية أومالكية ـ اذ ادعى التلف لما في يده ليس عليه البينة فيقبل قوله مع يمينه اذا ادعى عليه الاتلاف .

ورد بان الامين ليس بضامن الا اذا اتلف أوتعدى فلابد للمالك من اثباتهما والامين منكر .

الرابع : ادعاء المالك ابدال المال الزكوى في اثناء الحول بغرض نفى تعلق الزكاة به فيقبل قوله بلابينة قيل اجماعاً وكذا لايحتاج الى البينة ان ادعى تعلق الزكاة بماله ولكن ادعى دفعها الى المستحق تمسكاً باطلاق صحيحة بريد ومعتبرة غياث [٢] والله العالم .

الخامس ادعاء الذمي اسلامه قبل وقت الجزية للتخلص عنها .

السادس: ادعاء الحربي الذي نبت الشعر على عانته ان انباته بعلاج حتى لايكون امارة البلوغ فيقتل .

السابع : دعوى البلوغ لرفع الحجر وصحة المعاملات .

---

(١) ص٢٣٥ ج٢١ الجواهر .

(٢) ص٨٨ الى ص٩٠ ج٦ الوسائل

الثامن: اذا ادعى المالك أن المال التالف قرض ويدعى القابض انه وديعة يقدم قول المالك مع يمينه كما في موثقة اسحاق [١].

التاسع اذا ادعى مالا ولامعارض له فانه يقضى له من دون بينة ويمين بلا خلاف اجده فيه، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، لاصالة صحة قول المسلم وفعله بل كل مدع ولامعارض له كما في الجواهر .

وفي صحيح منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قلت عشرة كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه الف درهم فسأل بعضهم ألكم هذا الكيس ؟ فقالوا كلهم لا وقال واحد منهم هو لي. فلمن هو ؟ قال للذي ادعاه[٢].

قال المحقق العراقي (قده) في كتاب قضائه ص٨٦ :

ان ظاهر كلماتهم سماع الدعوى في كثير من المقامات بيمينه، والظاهر ان ذلك ليس من جهة سماع اليمين من المدعى كي يستلزم تخصيص ادلة الوظايف ، بل عمدة الوجه ان قول المدعى في هذه المقامات بعد ما كان في نفسه حجة فصارت دعواه مقرونة بالحجة نظير دعوى ذي اليد ...

نعم يبقى الكلام في وجه سماع قولهم بعد الجزام بعدم كونها بمجموعها تحت كبرى واحدة .

بل هنا كبريات متعددة :

منها كبرى المدعى بلامعارض .

ومنها كبرى سماع قول ذي اليد .

ومنها كبرى سماع قول الامين فيما ثبت فيه امانته .

---

(١) ص٢٣٢ ج١٣ الوسائل .

(٢) ص٢٠٠ ج١٨ .

ومنها كبرى من ملك فيما هو راجع الى تحت سلطنته .

ومنها دعوى مالايعلم الا من قبله .

ثم شرع في بيان هذه الكبريات الكلية فراجع كلامه ولاحظ ص٣٢٣ منه أيضاً وتأمل فيه ولاحظ ص١٠٣ الى ص١١٣ ج ٣ من القواعد الفقهيه للعلامة البجنوردي ـ ره ـ أيضاً .

ب وأما الكلية الثانية فقد قيدت بفرض عدم رد اليمين من جانب المنكر على المدعى نعم لايجب عليه الحلف اذا رده على المدعى وليس للمدعى رده على المنكر مرة اخرى ، وكذا لايجب على المدعى عليه اليمين اذا لم يجزم ببطلان الدعوى بل اظهر الشك فيه أو الظن وذلك لعدم جواز الحلف عن غيرجزم .

وأما الكلية الثالثة فقد خصصت أو قيدت بعدم رد اليمين عليه من قبل المدعى عليه مع فقد البينة والا يجب عليه الحلف اذا اراد اثبات حقه . وكذا اذا اقام شاهداً واحداً يجب عليه الحلف كذلك ، وكذا اذا كان دعواه على الميت فلايكفي البينة وحدها بل تضم اليها يمينه لثبوت اصل الحق على الاظهر أو لاستظهار بقاء حقه عليه كما قيل . وفي دعوى المالك القرض على القابض وهو يدعى الوديعة [١].

وأما الكلية الرابعة فتحمل على عدم الوجوب فلو اقام المنكر البينة يعتنى بها لعموم حجية البينة مطلقاً ويستفاد من الروايات أيضاً .

وقيل بعدم قبولها منه فان التفصيل قاطع للشركة فليس على المنكر غير اليمين واستدل له أيضاً بأن حصر المسند اليه في المسند يفيد حصر الاول في الثاني كما اشرنا اليه أولا .

---

(١) ص١٣٩ و ص٢٣٢ ج١٣ الوسائل فيهما موثقتان لاسحاق بن عمار .

لكن اجـاب عنه المحقق القمي كما قيل بان التفصيل انما هـو في الامر الواجب على المتخاصمين دون الكافي أقول العمدة في اثبات هذا الحمل هو الروايات الدالة على قبول بينة المنكر ولاتعارضها رواية المنصور فانها ضعيفة سنداً (١).

(١) ص١٨١ الى ص ١٨٦ ج١٨ الوسائل فلاحظ ص١٨١ الى ص١٨٨ قضاء المحقق الرشتي .

القول

فى احكام التوصل الى الحق

مسألة ١٦٥ : يجوز للمظلوم الانتقام من الظالم بقدر ظلمه ، فاذا سبه احد او لطمهاو حبسه يوماً مثلاجاز لهسبه أو لطمهأو حبسه لقوله تعالى: والحرمات قصاص . فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدي عليكم .

(البقرة ١٩٤)

ولقوله تعالى : وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتمبه ولئن صبرتم لهو خير للصابرين . (النحل ١٢٦)

ولقول الكاظم عليه السلام في صحيح ابن الحجاج[1] في رجلين يتسابان : البادي منهما أظلم وزره ووزر صاحبهعليهمالم يعتذر الى المظلوم(ما لم يتعد المظلوم) بل يستفاد من القرآن حسن الانتقام ومدحه ، وان كان العفو احسن وأفضل ، قالالله تعالى: الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله كثيراً وانتصروا بعد ما ظلموا وسيعلم الذين ظلموا أي منقلب ينقلبون (آخر سورة الشعراء)

وقال : والذين استجابوا لربهم ... والذين اذا اصابهم البغي هم ينتصرون وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفى واصلح فاجره على الله انه لايحب الظالمين

---

(١) ص٣٦٠ وص٣٢٢ج٢ اصول الكافى وص٦١٠ ج١٨ الوسائل .

ولمن انتصر بعد ظلمه فاولئك ما عليهم من سبيل انما السبيل على الذين يظلمون الناس ... (الشورى ٣٧ - ٤١)

مسألة ١٦٦: لايجوز الانتصار والانتقام فيمايعلم بعدم رضا الشارع بوقوع الفعل مطلقاً وباي وجه كان كالزنـا واللواط ومقدماتهما وكالمنع عـن الصلاة والحج وابطال الصوم ونحو ذلك فحفظ النفس وان كان اهم من العفة مثلا لكن يجوز الانتصار بقتل القاتل ويحرم اتيان الذكر اللائط والزنا بزوجة الزانـي ووجه الفرق ماقلناو كذا لايجوز الانتصار والتقاص اذا استحلف المدعي المعتدي فحلف لما مر .

مسألة ١٦٧: مقتضى اطلاق الادلة عدم توقف جواز الانتقام في العقوبة والمال على اذن القاضي والحاكم فما عن المسالك وغيرها بل عـن الكفاية لااعرف فيه خلافاً من لزوم الرفع الى الحاكم ضعيف نعم لابأس به في بعض الموارد:

فمنها منع الحكومة الاسلامية ـ اذا فرض وجودها ـ عن الانتصار والانتقام في الجملة بدون اذن المسؤلين الرسميين .

ومنها ما يثير الفتنة العظيمة والفساد واختلال النظم كما في القصاص في غالب الموارد وللاحتياط في الدماء ومع القطع بالاستحقاق وعدم الفتنة جازت المباشرة لقوله تعالى ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا ... والمهم فـي المقام جواز القصاص مع فـرض اثارة الفتنـة وتداوم القتال وعدم النفع فـي المراجعة الى الحاكم الشرعي لكونه مسلوب الاختيار فلابد من بيان ضابطة في ذلك .

ومنها ما اذا احتمل المنع الشرعي بملاحظة بعض الامور .

ومنها ما اذا أشتبه عين ماله بين اموال المتصرف سواء كان غير باذل او باذلا لكن لم يرض بالمصالحة فيرجع الى الحاكم حسما لمادة النزاع .

مسألة ١٦٨ : يجوز اخذ عين المال من المتصرف غير المستحق ولو قهراً بنفسه أو بمساعدة ظالم (١) أو صديق قادر وان استلزم ضرراً بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك وان ثارت الفتنة ما لم تصل الى حد وجوب الكف عن الحق له لترتب تلف الانفس والاموال العظيمة والفساد الذي يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك .

ولافرق في ذلك بين كون الاخذ عالماً أو جاهلا بالمال اذا اخذه ابتداء ظلماً وعدوانا وذلك لاطلاق ما مر ولبناء العقلاء .

وكذا اذا انتقل المال الى المتصرف من الظالم وان لم يكن هو بنفسه ظالماً ، لكن كل ذلك اذا لم يتمكن من ماله بالترافع الى الحاكم والا فلا يجوز ارتكاب ما هو حرام في حد نفسه .

وأما اذا انتقل المال اليه من مالكه اشتباها وجهلا فلا اشكال في جواز أخذه ولو قهراً مع عدم شمول الايات المتقدمة لمثل الفرض لبناء العقلاء ولكن في جوازه حتى الاضرار بالقابض وتوهينه نظر ولعل الاشبه في فرض الضرورة الجواز للحصر في قوله تعالى : انما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون في الارض بغير الحق . (الشورى ٤١)

ومن الواضح ان الظلم في المقام ليس بغير الحق بل لاجل الحق .

فان قلت المستفاد من الاية جواز الظلم بالحق دون الظلم لاجل الحق . قلت نعم لكن الحق يوجب صيرورة الظلم بالحق .

فان قلت لازمه جواز الاضرار بغير من بيده المال اذا توقف استنقاذه عليه مع انه لايظن باحد الفتوى بجوازه وكذا جواز الاضرار الكثير بصاحب المال كاتلاف الف دينار منه لانقاذ ما يساوي ديناراً واحداً . قلت نلتزم بالمنع في

(١) مر بحث الترافع الى القضاة الظلمة .

هذين الموردين لقاعدة نفي الضرر وترجيح اهم الضررين . بل ولمفهوم الحصر المذكور اذ نمنع اللزوم المدعي فان الظلم في مثل هذين المورد بغير الحق .

مسألة ١٦٩: يجوز لوارث المالك أخذ ماله من الظالم ولو بالقهر والاضرار ومن وارثه على نحو سبق في ذيل المسألة الاخيرة وفي جواز انتقام ابن المظلوم عن الضارب وجهان من عدم شمول الايات السابقة له ومن ثبوته في القتل فيثبت في المقام بطريق اولى حسب المتفاهم العرفي وهو الاشبه .

مسألة ١٧٠ : اذا قسم الورثة ما ترك مورثهم فالظاهر جواز اخذ المالك حقه من أي وارث شاء واحتمال منع التقاص الا بالنسبة ضعيف لأن استحقاق الارث بعد الدين، واذا كان الحق عيناً فجواز آخذها من أي وارث امكن أخذها منه اوضح . وكذا يجوز اخذ الحق من الحبوة ومن غير الارض ولا يلتفت الى ايراد النقص على الولد الاكبر والزوجة .

مسألة ١٧١ : لايجوز ضرب ابن الضارب فضلا عن ضرب مطلق وارثه فانه ظلم غير سايغ عند العقلاء وكذا لايجوز أخذ ماله اذا لم يترك الغاصب مالا . ويدل عليه أيضاً اطلاق قوله تعالى : ولاتزر وازرة وزر اخرى .

مسألة ١٧٢ : اذا كان الحق دينا وكان الغريم باذلا لا يستقل صاحب الحق بالانتزاع لعدم تعين الحق بدون تعيين الغريم وليس للدائن ولاية في تعيينه ، نعم اذا كان عيناً جاز اخذها بغير اذنه وان كان باذلا ، اذا لم يتوقف على تصرف في ماله والا لايجوز الافي فرض غير البذل .

مسألة ١٧٣ : اذا كان الغريم معترفاً بالحق ولكنه لمرضه أو غيبته لايقدر على الدفع حتى بالتوكيل فهل يستقل صاحب الحق أم لابد من مراجعة الحاكم؟

قيل لاخلاف ولا اشكال في عدم استقلاله [١] فلابد له من استيذان الحاكم ، ولازمه الصبر في فرض عدم تمكنه من مراجعة الحاكم أو من أثبات حقه عنده لكن الاظهر حينئذ جواز الانتزاع لبناء العقلاء ولاطلاق رواية اسحاق [٢] ان تمت سنداً .

مسألة ١٧٤ : اذا جحد الحق من غير عناد كما اذا اعتمد على الاصل او على الفتوى اجتهاداً أو تقليداً قيل لايجوز لصاحب الحق اخذه من ماله الا بالترافع لكن الاظهر هو الجواز لما مر في المسألة السابقة .

مسألة ١٧٥ :لو منع الحياء أو الخوف أو غيرهما من المطالبة قيل لايجوز له التقاص وكذا لو شك في ان الغريم جاحد أو مماطل . أقول : أما في الحياء فالامر كما ذكر وأما في الخوف والشك فالظاهر جوازه ويظهر وجهه مما مر، فتأمل .

مسألة ١٧٦ : اذا امتنع الغريم عن اداء الحق ، سواء جحد من رأس أو ماطل مع الاعتراف جاز الاخذ منه قهراً وجازت المقاصة من أمواله لما مر من الايات فانه ظالم ومعتد حدوثاً أوبقاء ولجملة الروايات التي ذكرناها في حدود الشريعة في محرماتها[٣] ونتبرك هنا بواحدة منها وهي صحيحة داود قلت لابي الحسن موسى عليه السلام اني اخالط السلطان (اني اعامل قوماً) فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفارهة فيبعثون فيأخذونها ثم يقع لهم عندي المال فلي ان آخذه قال خذ مثل ذلك ولاتزد عليه[٤] .

---

(١) ص٣٨٨ ج٤٠ الجواهر .

(٢) ص٢٠٤ ج١٢ الوسائل .

(٣) ص٨١ ج١ .

(٤) ص٢٠٢ ج١٢ الوسائل .

ومنه يظهر جواز المقاصة من غيرجنس المال الثابت في ذمته أوالموجود في يده مع تعديل القيمة .

مسألة ١٧٧ : تجوز المقاصة من الوديعة خلافاً لجمع لمامر ولخصوص صحيحة البقباق: ان شهاباً ماراه في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم ... فدخل شهاب على أبي‌عبدالله عليه‌السلام فذكر له ذلك فقال اما أنا فاحب أن تأخذ وتحلف[1] .

وأما صحيحة معاويةابن‌عمار المانعة عن أخذ الوديعة تقاصا فاما انتحمل على الكراهة وهو بعيد بعدحكمه عليه‌السلام بانه خيانة وقوله هنا اما انا فاحب وان كانت هي المشهورة كماقيل .

أوعلى فرض استحلاف المنكر وحلفه لمامر ومع‌فرض التعارض يرجع الى مطلقات الدالة على جواز المقاصة كصحيح داود السابق .

مسألة ١٧٨: المفهوم من الادلة جواز التوكيل في المقاصة ، نعم يشترط علم الوكيل بالحق في جواز عمله لا في حلية الحق فلوغفل اوتجرى جاز لصاحب الحق أخذه ، بل‌تجوز لولى الصغير والمجنون أيضاً وكذا للحاكم فيقتص من أموال من يمتنع عن اداء الحقوق الشرعية وقيل يجوز التقاص لكل أحد لانه احسان الى صاحب الحق. أقول هذا في العين لابأس به اذا لم‌يستلزم عملا ممنوعاً في حد نفسه واما في الدين ففيه انه محتاج الى الأذن المفقود في غير صاحب الحق أو وليه أو الماذون من قبله .

مسألة ١٧٩: اذا امكن اخذ مثل مافي ذمة الغاصب مثلا أوما في يده فهل يجوز الاخذ من غير المثل من المثليات والقيميات فيه اشكال لاعتبار المثلية

---

(١) المصدر السابق.

في جواز التقاص (بمثل ما اعتدى عليكم) فتأمل ولا اطلاق ظاهراً في الروايات المجوزة فاذا كان حقه حنطة ويمكنه اخذ الحنطة من ماله يشكل أخذ الارز أو اللحم أو الفرش أو النقود لعدم المثلية التامة حينئذ واما مع عدم التمكن منه فلااشكال فيه من دون فرق بين المثليات والقيميات بل يجوز حينئذ أخذ العين مكان المنفعة وعكسه .

مسألة ١٨٠: اذا أخذ الزايد من حقه من باب الضرورة وبقصد الرد فتلف الزايد من دون افراط وتفريط قيل لا يضمن لان يده يد امانة ، ولكن يحتمل الضمان لان الامانة الشرعية لاتنافي الضمان في الجملة والعمدة وجود المقتضى للضمان وعدمه .

مسألة ١٨١ : لو توقف اخذ حقه على بيع مال الغاصب مثلا جاز بيعه لمامر، واما اذا لم يتوقف كما اذا كان قيمة المال بمقدار حقه فلااشكال في جواز اخذه مقاصة. وأما جواز بيعه وأخذ قيمته مقاصة أو بيعه واشتراء شيء من جنس ماله ثم اخذه مقاصة ففيه اشكال لعدم مايدل على صحة مثل هذه التصرفات غير الضرورية في مال الغير .

مسألة ١٨٢ : اذا رضى المقتص منه باداء الحق بعد المقاصة فان كان ديناً فلاشيء في البين يتبادل سوى الاستغفار عن تأخير ردّ الحق وان كان عيناً فالظاهر وجوب قبول العين ورد ماأخذه مقاصة ان بقى والاّ المثل او القيمة ، لعدم استفادة المفاوضة القهرية من الادلة بل الاقتصاص بمنزلة بدل الحيلولة ، نعم اذا لم يدفع الاخذ ماأخذه او مثله او قيمته جاز له تملك العين مقاصة. و منه يظهر الاشكال في تصرفات المقتص منه في العين المذكورة ولو بعد مقاصة مالكها من ماله اذ مع فرض عدم حصول المعاوضة القهرية كان التصرف فيها محرماً . لكن في الجواهر: بل ظاهرها ملك المقاص العوض الذي يأخذه و

ينبغي ان يلزمه انتقال مقابله الى ملك الغاصب لقاعدة عدم الجمع بين العوض والمعوض عنه بل قد يشكل استحقاق الرد عليه ولو بذله بعد ذلك... واحتمال كون الملك متزلزلا بنحو ماذكروه في القيمة التي يدفعها الغاصب للحيلولة مناف لقاعدة اللزوم بعد ظهور النصوص في الملك[1] ..

مسألة ١٨٣: هل يجوز المقاصة اعتماداً على استصحاب بقاء الحق؟ قيل انه مشكل والاحوط رفعه الى الحاكم واستدل له بوجه غير وجيه، ثم الظاهر عدم الفرق بينها وبين المطالبة ومقتضى حجية الاستصحاب جوازهما معاً .

مسألة ١٨٤: لايجوز التقاص من المال المشترك بين المديون وغيره الاّ باذن شريكه فان التصرف في ماله محرّم واذا لم يأذن أولم يمكن جاز لقاعدة لا ضرر وعلى كل فاذا تصرف صار شريكاً جديداً بمقدار حقه فلا يجوز للشريكين السابقين ـ المديون وشريكه ـ التصرف في المال المشترك من دون اذنه كمالايجوز له أيضاً التصرف فيه بدون اذنهما .

واذا أراد الشريك الجديد قسمة المشترك بأقسامها الثلاثة فلايعتبر اذن المديون الممتنع ظاهراً فان رضى الشريك الاخر فهو والاّ فيجبر عليها على نحو سبق بحثه في القسمة .

مسألة ١٨٥: لايجوز التقاص من مال تعلق به حق الغير كحق الرهانة وحق الغرماء فى مال المحجور عليه وفي مال الميت الذي لاتفي تركته بديونه لوجود المانع[2] .

---

(١) ص٣٩٦ ج٤٠ .

(٢) وظاهر ان مفروض الكلام فى هذه المسألة ومامر من مسألة الحياء وغيره هو عدم وجود عين ماله فانها تؤخذ اينما وجدت .

مسألة ١٨٦: اذا كان للممتنع دين على ذمة الدائن جاز احتسابه عوضاً عماعليه مقاصة للاية ولبناء العقلاء ويتحقق التقاص بمجرد النية ولايحتاج الى القبض والتسلط كماهو فى صورة الاخذ اذ لايكفى فيه مجرّد النية .

مسألة ١٨٧: اذا غصب مثلا مالا مشتركاً فهل مايأخذه أحد الشريكين أو الشركاء بعنوان التقاص مشترك بين الكل أومختص بالقابض بمقدار حقه ذهب بعضهم الى الثاني: والظاهر ضعفه فى العين لعدم مايوجب زوال الشركة فهي باقية بحالها وكل منأخذ منه شيئاً يشترك فيه الكل، نعم لا بأس به في الدينان لم ينوه لغيره .

مسألة ١٨٨: الظاهر عدم جواز المقاصة فى الدين من مستثنيات الدين اذا لميكن للمعسر غيرها وليس فى أدّلة الباب اطلاق يلغى اعتبار المستثنيات فى المقام .

القول

فى أحكام اختلاف دعوى الاملاك

مسألة ١٨٩: كل ماكان تحت يد شخص واستيلائـه فهومحكوم بملكيتـه سواء كان من الاعيان أوالمنافـع أوالحقوق أوغيرها لاللاجماع أوالسيرة ولا للرواية بل لبناء العقلاء وسيرة الناس جميعاً فى امور معاشهـم عليه، والاسلام أقر أتباعـه عليه .

فاليد امارة على الملكية أومايدعيه ذوها من الاجارة أوالعارية أو الوديعة أوالوقف اوالتولية وغيرذلك، ولايعتبر فى دلالتها على الملكية مثلا التصرفات أو دعويها فاذا مات يقسم ماعنده على وارثه وان لم يشاهد تصرفاته ولم يسمع دعواه بل قيل بها حتى مع اعتراف ذي اليد بعدم علمه بان مافي يده له أم لا ، لاستقلال اليد بدلالتها على الملك من دون اعتبار علم ذيها بالملكية . نعم اذا اعترف بالوكالة أو الاستيجار أوالولاية ونحوها فيحكم بملكية من اعترف له لان يدهم يده عرفاً. والاعتراف مقدم على اليد .

مسألة ١٩٠: اذا اعترف بعدم ملكية مافي يده وادعي زيد انه له فهل يجوز له دفعه اليه أولا؟ فيـه وجهان من عدم معارض للمدعي فيدفع اليه كمامرّ ومن ان ذااليد مكلف بايصال المال الى مالكـه ومجرد دعوى أحد لايثبت ملكيته

وهذا هو الارجح واستدل بعض المحققين للاول برواية الكيس وزعم دلالتها عليه لكنها ممنوعة .

مسألة ١٩١: قيل ان يد الصبي لايمنع دعوى الكبير لمافي يده اذ يده ليست بيد كمايفهم بالمناط من قوله عليه السلام عمد الصبي خطأ نعم اذا عارض الصبى الكبير لابد من الترافع لامر من قبول دعوى الصبى .

أقول: لوصح خطأ عمد الصبي فكيف يسمع دعواه فانها أيضاً هدر وهل هو الا التناقض؟ والاظهر ان يد الصبي يد وليه ولوعرفاً كالاخ المربى له مثلا فهي مانعة عن دعوى الكبير وفي يدالمجنون تردد والله العالم .

مسألة ١٩٢: اذا اعترف ذواليد بان مافي يده لزيد ويدعى بكر انه له يحكم بكونه لزيد الا اذا اقيمت البينة على قول بكر وهذا لااشكال فيه وانما الاشكال فيما اذا اعترف بغصبية يده وان يده يد عدوانية وانه غصبه من زيد وادعى عمرو انه له فهل مثل هذه اليد حجة أم هي كالعدم فيقبل قول عمرو لعدم المعارض له على الفرض، قيل بالاولى بدعوى ان اعترافه بالغصبية لايوجب الا عدم كاشفية اليد عن الملكية بحسب اقراره وأما عن غيرها فلا وبناء العقلاء على حجيتها في كل مايرجع الى مافي يده .

مسألة ١٩٣ : اذا كان الشيء تحت يد شخصين أوأشخاص فمع الاعتراف بالمقدار يبني عليه والا فهولهم على السواء اذا كانت أيديهم عليه بالسوية فيقسم بين الاثنين بالنصف وبين الخمسة مثلا بالخمس والا فبمقدار الاستيلاء لبناء العقلاء المؤيد بدعوى الاجماع ودلالة بعض الاخبار عليه في الجملة .

مسألة ١٩٤ : اذا ادعى أحد ملكية مافي يد غيره وأقام البينة على انه كان في يده سابقاً أو كان ملكاً له كذلك فالمال لذي اليد مع يمينه لانه منكر وان ردها على المدعي فحلف كان المال له وعلى كل لايعتنى بالبينة المذكورة لانها

تخبر عن ملكية سابقة غير منافية لما اقتضته اليد من الملكية الفعلية[1].

وان أقام البينة على انه ملكه فعلا وان يد المستولي يد أمانة أو اجارة أو عدوان حكم له بها ترجيحاً للبينة على اليد التي تكشف عن الملكية في خصوص حالة الجهل فاذا تبين الحال سقطت دلالتها على الملك .

واذا أقام ذو اليد أيضاً البينة على انه له فعلا فقيل بترجيح بينته مع يمينه، وقيل بترجيح بينة المدعي وسيأتي بيان الحق فيما بعد .

مسألة ١٩٥ : اذا اعترف ذو اليد بأن المال كان للمدعي ولكن انتقل الي بناقل شرعي فان أقام البينة على قوله فهو والا يحكم للمدعي مع يمينه ان استحلفه ذو اليد لانه باعترافه هذا يصير مدعياً للانتقال والمدعي منكراً .

لايقال : نعم ولكن اذا اعترف ذو اليد ان المال كان للمدعي وهو الان لي لاينقلب المنكر مدعياً لان الملكية السابقة لاأثر لها فعلا والاستصحاب غير جار مع اليد فيحكم بأن المال لذي اليد مع يمينه حتى يقيم المدعي البينة على انه له بالفعل .

فانه يجاب عنه بأن الاقرار بالملكية السابقة مع دعوى الملكية فعلا لاتنفك عن دعوى الانتقال فمرجع قول ذي اليد ادعاء الملكية من جهة الانتقال فيكون مدعياً يجب عليه اقامة البينة .

نعم انما يجب عليه اقامة البينة اذا كان المنكر هو المالك أومن يقوم مقامه وغيره يجب عليه حمل قول ذي اليد على الصحة وان جهل الانتقال ، فان اليد امارة على الملكية خصوصاً مع تصريح ذي اليد بها . فلايسمع دعوى عدم الانتقال بها من الاجنبي الا بالبينة كما يدل عليه صحيح حماد بن عثمان عن

---

(١) خلافاً لبعضهم فلاحظ تفصيله في ص٤٥٢ ومابعدها من ج٤٠ الجواهر .

الصادق عليه السلام الوارد في قصة فدك[1].

مسألة ١٩٦ : اذا تعارضت الشهادة بالملك مع الشهادة باليد أو التصرف تقدم الاولى عليهما كتقديمها على اليد الحسية والتصرف الحسي والوجه فيه ظاهر فان اليد والتصرف ظاهران في الملكية والشهادة بالملك نص والنص مقدم على الظاهر .

مسألة ١٩٧ : اذا أجاب المدعي عليه ان المال ليس للمدعي ففيه صور سبع :

الصورة الاولى : أن يقول انه لي فيكون طرفا للمخاصمة فيحكم ببينة المدعي أو حلف المنكر أو يمين المدعي المردودة على مامر .

الصورة الثانية : أن يقول لاأدري انه لمن أي انه مجهول المالك فان أقام المدعي البينة قضي له بها والا فيدفع المال الى الحاكم الشرعي ولا يتوجه اليمين اليه والى ذي اليد المذكور لانهما ليسا طرفا الخصومة فان قلت هذا المدعي لامعارض له فلم لايدفع المال اليه كما مر دليله ؟ قلت : هذا فيما لم يكن عليه يد وأما فيما عليه يد فالواجب على ذي اليد ايصاله الى مالكه ، ومجرد الادعاء لايكفي لاثبات الملك فلايجوز له الدفع الى المدعي ولاوجه لابقائه عند ذي اليد الا اذا رأى الحاكم المصلحة فيه .

وعلى كل لاكفالة على المدعي الاخذ اذ لاعلم بالمدعي عليه الغائب في المقام .

الصورة الثالثة : ان يقول انه لاحد لااسميه لم تندفع الخصومة عنه ظاهراً بل يلزمه الحاكم بالبيان فانه من شؤن القضاء وفصل النزاع فعليه أن يذكر اسم المالك حتى يتوجه اليه الخصومة وقيل باندفاع الخصومة عنه بعد الحكم شرعاً

(١) ص٢١٥ ج١٨ الوسائل .

بانتفاء المال عنه وحينئذ يأخذه الحاكم منه وينحصر اثباته للمدعي باقامةالبينة كما في الجواهر[1].

أقول : ويضعف بأن مجردكون المال لغير المدعي عليه مع التمكن في بيان اسم المالك لاتندفع الخصومة عنه الا اذا ادعى النسيان فيمهل لـه حتى يتذكر، ولايصح للحاكم أخذ المال منه مع احتمال العارية والوديعة والوكالة.

وعلى كل اذا استحلفه المدعي على عدم علمه بملكية المدعي لزمه الحلف فان لم يحلف وحلفه المدعي أخذ المال والظاهر ضمانه للمقر له اذا بين اسمه وحضر بعد ذلـك لانه بعدم حلفـه أتلف المال فلاحظ . وكذا يتوجه الى ذي اليد ان أنكر نسيانه المدعي واستحلفه فاذا نكل ألزمه الحاكم بالبيان . وأمـا اذا لم يحلف المدعي سقط دعواه مع ذي اليد والارجح جواز اعادتها بعد ظهور المالك معه .

الصورة الرابعة : أن يقول انه لزيد الحاضر أو في حكمه فان صدقه زيد وقال انه لي تندفع الخصومة عن ذي اليد ، فاذا ثبت حق المدعي بالبينــة أو اليمين المردودة ولم يمكن له أخذ حقه المدفوع من ذي اليد الى زيد فالظاهر جواز رجوع المدعي الى ذي اليد للخسارة للاتلاف واليد .

وان صدقه زيد بعد انكاره للمال أولا فعن التذكرة انه له الاخذ لسلامة اقرار المقر بعد تعارض انكار المقر له بتصديقه ، وقيل بالمنـع .

ولو استحلف المدعي ذا اليد على انه لايعلم ان المال له قيل توجه اليمين اليـه فان نكل وحلف المدعي أغرمه وأمـا عين المال فهى للمقر لـه بالاقرار السابق الذي لايبطله الاقرار اللاحق فضلا عما كان بحكمه من النكول أو الرد .

وان كذبه زيد وقال بأن المال ليس لي أخذه الحاكم فان أقام المدعي بينة

---

(١) ص٤٤٨ ج٤٠ .

فهو والا تؤجل الدعوى ولايتوجه الحلف الى أحد ولايدفع المال الى ذي اليد أو المدعي لما مر .

الصورة الخامسة : أن يقول انه لزيد وهو غائب فان أقام المدعي البينة يدفع له مع الكفالة والغائب على حجته اذا قدم وفي دعوى العلم على ذي اليد مامر وكذا في اغرامه عند النكول وحلف المدعي ولو أقام انه لزيد الميت فأقام المدعي البينة يدفع له مع يمينه لما مر .

واذا لم يقم المدعي البينة ولم يدع علم ذي اليد يبقى المال عنده كماكان وليس للحاكم أخذه .

الصورة السادسة : أن يقول انه وقف على الفقراء أو على المساجد ونحوهما ، فان أقام المدعي البينة فهو والا فلايتوجه اليمين على ذي اليد على اشكال ثم ان قلنا بأن رد اليمين في فرض توجه اليمين الى المدعي وان احلافه مقام حلفه فلا رد هنا فتوجل الدعوى عند عدم البينة وان قلنا برد اليمين الى المدعى مطلقاً كما قويناه فيمامر حلف المدعى وقضى له، وكذا ان ادعى علم ذي اليد وأنكره ونكل وحلف المدعى .

ولايحق للحاكم أخذ المال فى فرض عدم ثبوته للمدعى مع احتمال كون ذي اليد متولياً وناظراً من قبل الواقف .

الصورة السابعة: ان يقول انه للصبي أوللمجنون فان أقام بينة فهو والا انصرفت الخصومة عنه ولا سبيل الى تحليف الصبي ووليه ولاتغنى الا البينة كمافي الجواهر[1] .

لكن الظاهر اذا ادعى عليه العلم فلم يحلف وحلف المدعى دفع اليه المال للاطلاقات بل يمكن القول بتوجه الخصومة الى ولي الطفل والمجنون

(١) ص٤٤٨ ج٤٠ .

للاطلاقات المذكورة بل يمكن منع انصراف الخصومة عن ذي اليد خصوصاً مع عدم حضور الولي للاطلاقات أيضاً فلاحظ والله العالم .

مسألة ١٩٨ : اذا قام بينة على ملكية عين في يد غيره فانتزعها بحكم الحاكم ثم اقام المدعى عليه البينة على انها له فعلا تؤخذ منه ويدفع اليها فانها دعوى جديدة وان اقامها على انها له حين الدعوى الاولى ففي تحرير الوسيلة لم يستبعد عدم نقض الحكم الاول لكن الاظهر انه من باب تعارض البينتين الذي يأتي تفصيله عن قريب انشاءالله تعالى .

مسألة ١٩٩: اذا تنازعا في عين ففيه صور كثيرة ذات مباحث طويلة نذكر معظم تلك الصور ومن الله العون وعليه التكلان .

(الصورة الاولى) ان تكون العين تحت يدهما بحيث يستولي كل منهما على كلها ولا بينة لهما فيحكم بالتنصيف لبناء العقلاء وان شئت فقل انه قضية اليد فانها مع الانفراد تقتضي ملكية الكل ومع الاشتراك ملكية النصف وقد ذكرنا سابقاً ان عمدة الدليل على اعتبار اليد بناء العقلاء واليه يرجع دعوى الاجماع بقسميه عليه لبعد الاجماع التعبدي في المقام .

وهل يحتاج التنصيف الى تحالف المتنازعين فيما اذا لم يتفقا على الحلف أوعدمه فيه قولان، المشهور هو الاول لان كل منهما مدع بالنسبة الى نصف الاخر ومدعى عليه بالنسبة الى نصفه فيشملهما قوله عليه السلام البينة على المدعي و اليمين على من ادعى عليه، ولفحوى مادل على تحليفهما مع البينة فمع عدمها بطريق اولى، وعن جمع هو الثاني ولعله لعدم كون كل منهما مدعياً ومدعى عليه، لان يد كل منهما على تمام العين وحينئذ فلا مدعي ولا مدعى عليه منهما ضرورة تساويهما في ذلك الا ان الشارع قد جعل القضاء في ذلك بان العين بينهما ومنه يظهر لك عدم كون كل منهما مدعياً لنصف الاخر ومدعى عليه

في نصفه كي يتوجه التحالف كماقيل فالمتجه الغاء حكم يد كل منهما بالنسبة الى تحقق كونه مدعى عليه ويكون كما لو تداعيا عيناً لا يد لاحد عليهما ولا بينة لكل منهما[١] ..

أقول: لكن لو شك في اعتباره يرجع الى اطلاق مادلّ على حصر القضاء بالبينات والايمان لعدم مقيد له في المقام فافهم .

وعليـه فان حلفا فهو، وان حلف الاول ثم نكل الثاني ردت اليمين على الاول ولايكفيـه اليمين الاولى لانها كانت على نفـي استحقاق صاحبه فيماهو بيده واليمين المردودة على الاثبات، نعم لو نكل الاول فالظاهر كفايـة حلف الاخر يميناً واحدة جامعة بين النفـي والاثبات لصدق الحلـف عليهما ولا يعتبر تكرر لفظ الجلالـة مثلا ولذا لم ينقل عن المشهور القائليـن بالحلف الخلاف فيه .

(الصورة الثانية) ان يكون لكل منهما بينة في الفرض المذكور والحكم فيهـا ايضاً التنصيف من دون اقراع وترجيح باعدلية اواكثرية بلاخلاف يجده صاحـب الجواهر بعد القديمين [٢]

ويقول الشهيد الثاني لااشكال في الحكم كما لولم تكن بينة ، وقيل لان مع كل منهما مرجحا باليد على نصفهما فقدمت بينته على مافي يـده وقيل لان يدكل وأحد على النصف وقد اقام الاخر البينة عليه فيقضى له بما في يدغريمه بناء على تقـديم بينة الخارج فكل منهما قد اعتبرت فيما لا تعتبر فيه الاخرى

---

(١) للاحظ ص٤٠٣ من الجواهر .

(٢) لكن عن الرياض نسبة القول بالتصنيف في فرض تساوى البينتين عدالة وعددا وتقييداً واطلاقاً الى جماعة من القدماء وحكمهم مع الاختلاف فيها للارجح وسنذكر في المتن انه الاظهر في الجملة .

ولذا لم يلحظ ترجيح بالعدد والعدالة ، وهذا هوالاشهر ، وتظهر الفايدة فى اليمين على من قضى له ،فعلى الاول يلزم لكل منهما وعلى الاخرين لايمين ، لترجيح كل من البينتين باليد فنعمل بالراجح ولان البينة ناهضة باثبات الحق ـ على الثاني ـ فلايمين معها .

أقول: لكن بعض القائلين بكل من القولين الاخيرين اعتبروا الحلف أيضاً وان كان المستفاد من الجواهر ذهاب المشهور الى عدم اعتباره .

والحق اعتبار التحالف والاظهر ان السبب في التنصيف هو التساقط بعد تساويهما دون ترجيح أحديهما على الاخرى، كل ذلك لموثقة اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام : ان رجلين اختصما الى أميرالمؤمنين عليه السلام في دابة في أيديهما وأقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده فأحلفهما علي عليه السلام فحلف أحدهما وأبى الاخر أن يحلف فقضى بها للحالف ، فقيل ... [1] واذا فرض ان احدى البينتين أكثر عدداً وأقوى عدالة تقدم على الاخرى وقضى بها لاطلاق صحيح عبدالرحمن بطريق الصدوق فقط ـ عن الصادق عليه السلام : كان علي عليه السلام اذا أتاه رجلان (يختصمان) بشهود عدلهم سواء وعددهم ، أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين وكان يقول اللهم ... ثم يجعل الحق للذي يصيرعليه اليمين اذا حلف[2] واطلاق موثقة سماعة عن الصادق عليه السلام ان رجلين اختصما الى علي عليه السلام في دابة

---

(١) ص ١٨٢ ج ١٨ من الوسائل اقول قال المحقق الرشتي فى ص ١٤٩ ج ٢ من قضائه: ان التعبد برواية غير واضحة السند فى مقابلة القواعد العامة ـ البينة على المدعى واليمين على من انكر ـ من غير عمل معتد به كما ترى !

أقول القاعدة العامة ثبتت بخبر واحد قابل للتخصيص والسند موثق معتبر فلايفتقر اعتبار متنه الى عمل جمع كثير فهو اعلم بماقال .

(٢) ص١٨٣ ج١٨ الوسائل.

فزعم كل واحد منهما انها نتجت على مذوده وأقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد فأقرع بينهما . . . [١] والقرعة لمستحق اليمين دون المال جمعاً بينها وماسبق .

ويظهر منها ومن سابقتها كفاية كل من الاكثرية والاعدلية في الترجيح وعدم لزوم جمعهما فيه وعليهما يحمل اطلاق صحيح داود بن سرحان [٢] وصحيح الحلبي [٣] .

ثم ان مقتضى الجمع بين موثقة عمار وهاتين الروايتين هو تخيير القاضي بين احلاف المتنازعين كما فيها واحلاف احدهما بالقرعة كما فيهما فاذا نكل رد على الاخر . ولكن الاحوط اختيار احلافهما وترك القرعة لاحلاف أحدهما وسيدنا الأستاذ ذكر ان صحيحة عبدالرحمن مطلقة فتقيد بموثقة اسحاق المختصة بالمال فلامنافاة [٤] وفيه ماعرفت من عدم المنافاة وعدم وجه للتقييد .

ويمكن أن يقال بتخيير القاضي بين أمور ثلاثة أحلافهما معاً وأحلاف أحدهما بالقرعة واخراج المستحق بالقرعة من دون أحلاف كما لعله ظاهر موثقة سماعة.

واما اعتبار الحلف في فرض ترجيح احدى البينتين ففيه تردد من ثبوته في فرض كون المال بيد أحد المتنازعين كما في صحيحة أبي بصير الآتية والظاهر عدم الفرق بينه وبين المقام ومن اختلافهما ملاكاً . بقي في المقام أمران :

الاول مافي رواية السكوني عن الصادق عليه‌السلام : قضى أمير المؤمنين عليه‌السلام في رجلين ادعيا بغلة فأقام أحدهما شاهدين والآخر خمسة ، فقضى لصاحب

---

(١) ص١٨٥ المصدر

(٢) ص١٨٣ المصدر

(٣) ص١٨٥ المصدر

(٤) ص٥٣ ج١ مباني تكملة المنهاج

الشهود الخمسة خمسة أسهم ولصاحب الشاهدين سهمين [١].

أقول للروايةسندان أولهماسندالكليني وهو ضعيف بالنوفلي على الارجح، وثانيهما سند الشيخ وفيه محمد بن خالد البرقي ظاهراً وفيه كلام ذكرناه في كتاب الرجال ، وعلى كل الاعراف أحداً قال بمضمونها ، ولذا أول بعضهم السهام فيها بسهام القرعة دون سهام المدعى به .

الثاني يقول صاحب الجواهر ـ ره ـ بعد نقل موثقة اسحاق السابقة [٢] الا انه خبر واحد وفي سنده مافيه والمشهور نقلا وتحصيلا على خلافه فلايصح مقيداً لما دل مما تسمعه من النصوص وغيره على التنصيف بدونه أي بدون الحلف وتبعه غيره في رد الخبر .

أقول خبر الواحد حجة وليس في سنده من يرد الخبر لاجله سوى غياث ابن كلوب الذي لم يوثقه النجاشي والشيخ في كتابيه في الرجال لكنه موثق وان كان عامياً لقول الشيخ في عدته: ولاجل ماقلنا عملت الطائفة بما رواه حفص ابن غياث وغياث بن كلوب ونوح بن دراج والسكوني وغيرهم من العامة.. [٣].

و نقل عنه أيضاً : أجمعت العصابة على العمل بروايات السكوني وعمار ومن ماثلهما من الثقات . (لكنني لم أجد هذه الجملة الاخيرة في عدته) .

وان كان نظر صاحب الجواهر الى الحسن بن موسى الخشاب فقد ذكر النجاشي في حقه انه من وجوه أصحابنا مشهور كثير العلم و الحديث وهذا يفيد صدقه جزماً فان الكاذب والمجهول لايكون من وجوه أصحابنا . ونحن لم

(١) ص ١٨٥ ج ١٨ الوسايل

(٢) ص ٤١٢ ج ٤٠ من الجواهر

(٣) تعرضنا لكلام الشيخ مفصلا فى كتابنا بحوث فى علم الرجال وهو الان تحت الطبع الثانى وكان اسمه أولا فوايد رجالية .

نعرف له ولجملة من فقهائنا العظام ضابطاً مضبوطاً في قبول الروايات وردها والله العالم .

وأما الشهرة فهي عندنا غيرموهنة ولاجابرة، والعمدةهي الروايات المعتبرة سنداً دون المراسيل والضعاف والشهرة والاجماعات المنقولة ونحو ذلك .

(الصورة الثالثة) ماذا كانت العين بيدهما معاً وكانت لاحدهما بينة ففيها تدفع العين لصاحب البينة بلااشكال والاظهر عدم اشتراطه بحلفه خلافاً للسيد الاستاذ حيث أوجبه بحجة ان كلا من المتنازعين مدع ومنكر كما سبق . فاذا كانت لاحدهما بينة فدليل حجية البينة وان كانت يشمل بينة المنكر أيضاً الا أن مادل على ان وظيفة المنكر هي اليمين يقتضي عدم الاكتفاء بالبينة وحدها فلابد من حلفه أيضاً في القضاء له [١].

أقول: ولكنه مقيد بما دل على ان الرجل اذا قام البينة على حقه لا حلف عليه كصحيح محمد بن مسلم وغيره [٢].

تنبيه : هذا كله اذا كان يد كل منهما على الجميع بالسوية وأما اذا كان بالتفاوت كما اذا فرضت يد احدهما على ثلثي العين ويد الاخر على ثلثها او ان احدهما تنتفع منها ثمانية أشهر والاخر أربعة أشهر أوان احدهما يأخذ ثلثي ربحها والاخر ثلثه ففي هذا الفرض ونظايرها لا يقضى بالتنصيف بل بمقدار استيلاء اليد .

(الصورة الرابعة) اذا كانت العين بيد احدهما ولم تكن لهما بينة اصلا فهي لذىاليد مع يمينه انالتمسها المدعي لانه منكر، فان نكلوحلف المدعى فهي له وان نكلكانت العين لذى اليد، كل ذلك واضح غير محتاج الىالبيان.

---

(١) ص ٥٤ ج ١ مباني تكملة المنهاج .

(٢) ص ١٧٧ ج ١٨ الوسائل .

(الصورة الخامسة) اذا كانت العين بيد احدهما وكانت لاحدهما بينة فان كانت البينة للمدعي تدفع العين اليه لتقديمها على اليد وان كانت لذى اليد فالامر اوضح، ولكن هل عليه حلف من جهة انه منكر كما مرعن السيد الاستاذ وصرح به في المقام أيضاً فيه نظر كما مر .

نعم لو قلنا بلغوية بينة المنكر وانه ليس له الا الحلف بطل الفرض ورجع الى الصورة الرابعة لكنه ضعيف لضعف مااستدلوا عليه كما يأتي في الصورة السادسة .

(الصورة السادسة) اذا كانت على العين يد احدهما واقام كل منهما بينة ففيه أقوال [١] والمشهور شهرة عظيمة انه يقضى بها للخارج دون المتشبث [٢]. ان شهدت لهما بالملك المطلق مع التساوى في العدد والعدالة وعدمه بل عن الخلاف والغنية والسرائر وظاهر المبسوط الاجماع عليه ، وقيل بتقديم بينة الداخل وعلى الاول لافرق عندهم بين الشهادة بالسبب وعدمه ، وقيل بتقديم بينة الداخل ان شهدتا بالسبب وأما لو شهدت للمتشبث بالسبب وللخارج بالملك المطلق فيقضى لصاحب اليد سواء كان السبب مما لايتكرر كانتاج ونساجة الثوب أو يتكرر كالبيع والصياغة خلافاً لابن ادريس حيث قدم بينة الخارج حتى في هذا الفرض .

واستدلوا على الاول بالاجماع المنقول وخبر منصور عن الصادق عليه السلام ففي ذيله : ولا اقبل من الذي هي في يده بينة لان الله عزوجل أمر ان تطلب

---

(١) انهاها النراقى فى محكى مستنده الى تسعة .

(٢) فى ص٤٦٠ ج٤ الجواهر اذ المراد بالداخل والخارج فى كلامهم المدعى والمنكر لاخصوص ذى اليد ومدعيه وان كانت النصوص مشتملة عليه .

البينة من المدعى فان كانت له بينة والا فيمين الذي هو في يده (١).

لكنه لجهالة محمدبن حفص الواقع في سنده ضعيف غير حجة كالاجماع المنقول المستدل به على الاخير وقد استدل عليه برواية بن سنان (٢) الضعيفة سنداً ودلالة فمذهب المشهور ضعيف لادليل عليه .

والاقوى سقوط البينتين مع التساوى عدداً أوعدالة والقضاء لذى اليد بحلفه كالصورة الرابعة بلاترجيح لبينة الداخل أوالخارج ومن غيرفرق بين الشهادة بالسبب أو بالملك المطلق أو بالاختلاف لموثقة اسحاق المتقدمة ففيها : فقيل له : فلو لم تكن في يد واحد منهم وأقاما البينة ؟ فقال : احلفهما فايهما حلف ونكل الاخر جعلتها للحالف فان حلفا جميعاً جعلتهما بينهما نصفين ، قيل فان كانت في يد احدهما وأقاما جميعاً البينة؟ قال: اقضى بها للحالف الذي هي في يده (٣) .

وأما اذا كان بينة احدهما أكثر أواعدل فترجح على الاخرى فيقضى لصاحبها مع حلفه جزماً لصحيح أبي بصير، ففيه: أكثرهم بينة يستحلف وتدفع اليه(٤).

وعليها تحمل معتبرة غياث فانها مطلقة من حيث الحلف وتساوي البينتين.

ولسيدنا الاستاذ تفصيل آخر، وهو ان ذا اليد ان انكر دعوى الاخر حكم له بالمال مع حلفه لمعتبرة اسحاق من دون اعتناء بالاكثرية والاعدلية وان لم ينكر بل ادعى انتقال المال اليه من غيره ولايدري حقيقة الحال فمن كانت بينته أكثر عدداً قضى له بحلفه ومع التساوي فيها أقرع بينهما فمن اصابته

---

(١) و (٢) ص١٨٦ ج١٨ الوسائل .

(٣) ص١٨٢ المصدر .

(٤) ص١٨١ المصدر .

القرعة حلف وأخذ المال وذلك لصحيحة أبي بصير [١].

أقول: وهذا عجيب منه دام ظله واليك نص الرواية: قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتى القوم فيدعى داراً في ايديهم ويقيم البينة ويقيم الذي في يده الدار البينة انه ورثها عن أبيه ولايدرى كيف كان امرها ، قال : اكثرهم بينة يستحلف وتدفع اليه وذكر ان علياً عليه السلام اتاه قوم يختصمون في بغلة[٢] فقامت البينة لهؤلاء انهم انتجوها على مذودهم ولم يبيعوا ولم يهبوا (وقامت البينة لهؤلاء بمثل ذلك) فقضى بها لاكثرهم بينة واستحلفهم.

فان صدر الرواية وان اختص بفرض جهل ذي اليد بحقيقة الحال الا ان ذيله ظاهر في انكار ذي اليد ومع ذلك امر بترجيح الأكثر مع الحلف وهذا واضح .

ثم قال دام ظله : نعم اذا صدق المدعى صاحب اليد في دعواه الجهل بالحال ولكنه ادعى ان من انتقل منه المال اليه قد غصبه أو كان المال عارية عنده مثلا فان اقام البينة عليه حكم بها له والا فهو لذى اليد .

أقول : وهذا لذيل الصحيحة المذكورة ونصه : فسألته حينئذ فقلت : أرأيت ان كان الذي ادعى الدار قال : ان ابي هذا الذي هو فيها اخذ بغير ثمن ولم يقم الذي هو فيها بينة الا انه ورثها عن أبيه ، قال : اذا كان الامر هكذا فهي للذي ادعاه واقام البينة عليها . وليس فيه فرض تصديق المدعى جهل ذي اليد فلاحظ وتأمل .

(الصورة السابعة) اذا لم يكن العين المتنازع فيها تحت يد احد ولابينة

---

(١) ص١٨١ ج١٨ الوسائل .

(٢) لابد من فرض الكلام بقرينة الاستشهاد فيما كانت البغلة في يد احدهما .

لهما فان رضيا بالقرعة فهو والا فان حلف كلاهما فالمال بينهما بالمناصفة وان حلف احدهما يقضى لـه بالمال ، فان القضاء في فـرض عدم البينة ، بالايمان ففي صحيح سليمان عن الصادق عليه السلام : في كتاب علي عليه السلام ان نبياً من الانبياء شكا الى ربه فقال يارب كيف اقضى فيما لم اره ولم أشهد ؟ قال فـأوحى الله اليه : احكم بينهم بكتابي واضفهم الى اسمي فحلفهم (تحلفهم) به . قال هـذا لمن لم تقم له بينة[١] وان لم يحلفا ففيه الوجهان التنصيف بقاعدة العدل والانصاف كما عن بعضهم والقرعة كما عن السيد الأستاذ[٢].

(الصورة الثامنة) اذا كان لاحدهما بينة فالمال له فان كلا منهما مدع فايهما اقام البينة قضى له .

(الصورة التاسعة) ماذا اقاما البينة فان حلفا أو نكلا جميعاً فالمال بينهمـا نصفان وان حلف أحدهما دون الاخر كان المال للحالف لموثقة اسحاق السابقة في الاول والثالث وأما في الثاني أي نكولهما فلمعتبرة غياث عن الصادق عليه السلام أن أمير المؤمنين اختصم اليه رجلان في دابة وكلاهما أقاما البينة انه انتجهـا فقضى به للذي في يده وقال : لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين[٣] .

يظهر منها التنصيف عند تعارض البينتين مطلقاً نعم لابد من تقييده بفرض عدم حلف احدهما ونكول الاخر لما عرفت .

ثم الظاهر لزوم مراعاة الترجيح بين البينتين في المقام أيضاً و في جريان

---

(١) ص١٦٧ ج١٨ .

(٢) واورد عليه فى الجواهر انه لامحل للقرعة لعدم مايقتضى انحصار الحق فيهما كي يستخرج بالقرعة . ص٤٠٩ ج٤٠ اقول وسيأتى الكلام حول هذا القيد فى مباحث القرعة . والظاهر صحة الايراد المذكور .

(٣) ص١٨٢ ج١٨ من الوسائل .

تخيير الحاكم بين الاحلاف والقرعة في فرض قبولهما للحلف وجه كل ذلك للاطلاق .

واعلم ان صاحب الجواهر الحق هذه الصور الثلاث أي مالا يد لاحدهما على العين بما اذا كانت بيد ثالث لاطلاق الدليل . وفي تحرير الوسيلة : ولو لم تكن في يدهما ولا يد غيرهما ولم تكن بينة فالاقرب الاقراع بينهما وفيه أيضاً وان كان في يد ثالث أولا يد لاحد عليه فالظاهر سقوط البينتين والرجوع الى الحلف أو الى التنصيف أو القرعة ، لكن المسألة بشقوقها في غاية الاشكال...

(الصورة العاشرة) اذا تنازعا في عين عليها يد ثالث يقول لاادري لمن هي فيجرى فيها ماتقدم في السابعة والثامنة والتاسعة من دون ادنى فرق غير توجه اليمين الى الثالث اذا ادعى أحد المتنازعين أو كلاهما علمه بالحال وضمانه مع النكول ، واستناد التلف اليه وكذا في الصور الاتية فافهم .

ثم الظاهر الحاق فرض اقرار الثالث بحقية احدهما لا بعينه بادعاء عدم العلم بالحال من حيث الحكم والنتيجة . اذ لايتميز ذو اليد فكأن العين لايد عليها من احدهما .

(الصورة الحادية عشر) اقرار الثالث ذي اليد بانها لهما معا فيجرى فيها مامر في الاولى والثانية والثالثة بعينه لان اقرار ذي اليد حجة فكأن العين في يدهما[1].

(الصورة الثانية عشر) اقرار الثالث انه لاحدهما بعينه فيجري فيها ما مر في الرابعة والخامسة والسادسة لما عرفت .

(الصورة الثالثة عشر) انكار الثالث انها لهما فان ادعى لنفسه فهو منكر

(١) لكن اذا ادعى الغصب وقلنا بعدم حجية اقرار الغاصب يدخل الصورة فى السابعة والثامنة والتاسعة واذا ادعى الامانة بالنسبة الى احدهما والخيانة الى ثانيهما فيكون احدهما ذا يد على النصف واما النصف الاخر فلايد لاحدهما عليه .

وهما مدعيان فتارة تقوم البينة من جميع الاطراف وتارة من بعضها، فعلى الاول ان ترجحت احديهما على الاخرى فهو والا تتساقطان ويحلف الثالث المنكر فان البينتين المتعارضتين كالعدم فان نكل رد عليهما فان حلفا يقسم بينهما المال وان نكل احدهما دون الاخر دفع اليه وان نكلا سقطت الدعوى وان اقام احدهما البينة اخذه (١).

وان ادعى انها للغير فالغير قديكون غائباً وقديكون حاضراً مصدقاً اومكذباً فيجرى عليه ماسبق .

وفي المقام صور مركبة اخرى يفهم حكمها مما مرّ كما اذا كانت العين المتنازع فيها تحت يد أحد المتنازعين وثالث أوبعضهما تحت يد ثالث وبعضها تحت يد احدهما أو كليهما وهكذا .

واعلم ان المحكى عن المشهور أو الاشهر بل عن عامة المتأخرين وجماعة من القدماء المدعى عليه الاجماع ان العين المتنازع فيها اذا كانت بيد ثالث وكان لهما البينة قضى بارجح البينتين عدالة فان تساويا قضى لاكثرهما شهوداً ومع التساوي عدداً وعدالة يقرع بينهما فمن خرج اسمه حلف وقضى له ولو امتنع احلف الاخر وقضى له وان نكلا قضى به بينهما بالسوية (٢).

ثم نقل المحقق الحلي بعد عبارته هذه عن الشيخ تفصيلا اخر ولم يرتضه

---

(١) وفى الجواهر : فان نكل (الثالث عن اليمين فى فرض عدم البينة لاحد) فكما لا يد لاحد عليه، فان قلنا بالتحالف فيه فان حلفا أونكلا اقتسماه وان حلف احدهما خاصة كان له ج٤٠ ص٤٠٩ اقول: هذا اذا انكر الثالث ملكيتهما للعين ولم يدعها لنفسه واما ادعاها لنفسه ونكل ثم نكل المتنازعان أيضاً كان المال لذى اليد وحده على مامر وهذا مما لاخلاف فيه ولا اشكال .

(٢) ص٤٢٤ ج٤١ الجواهر .

وظاهرهم عدم الفرق بين اقرار الثالث لهما أو لاحدهما أو لغيرهما أو لنفسه أو دعواه الجهل بالحال نعم محل البحث هو وجود البينة للمتنازعين فقط. والحق ماعرفت.

مسألة ٢٠٠: يتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهد والمرأتين مثلا لصدق اسم البينة على كل منهما ولا يتحقق بين الشاهدين وشاهد ويمين لعدم صدق اسم البينة على الاخير فلا يندرج حينئذ في النصوص السابقة ومنه يعلم عدم تحققه بين الشاهد والشاهدتين وبين شاهد ويمين ولاخلاف في المسألة الامن الشيخ في محكى مبسوطه ولا اشكال فيها الامن جهة ان لفظة البينة ليس لها حقيقة شرعية في لسان النبي والائمة عليهم السلام بل هي مستعملة بمعناها اللغوي الاعم من معناها الاصطلاحى حتى في قوله صلى الله عليه وآله انما اقضى بينكم بالبينات والايمان وغيره غاية الامر ارادة فرد خاص منها فيه وهو الشاهد ان مثلا ولا اقل من الشك والاصل عدم نقلها عن معناها اللغوي .

وهذا هو الذي اخترناه سابقاً وكتبناه في كتابنا (فوايد رجالية) الذي غيرنا اسمه عند الطبعة الثانية بعد اصلاحات واضافات هامة بـ(بحوث في علم الرجال) وهو تحت الطبع في هذه الايام (١).

لكن المنكشف للمراجع الى روايات باب القضاء ان اللفظة المذكورة أما موضوعة بالوضع الشرعى للمتعدد أو منصرفة اليه بلا اشكال .

فرع :

اذا شهد شاهدان لزيد بالوصية وشهد شاهد بالرجوع وانه أوصى بما اوصى به اولا له لعمرو كان لعمرو ان يحلف مع شاهده كما نبه عليه المحقق ـ ره ـ فان عدم معارضة الشاهد واليمين مع البينة انما هو مع اتحاد المشهود به بخلاف الفرض فانها شهادة منفردة لاتنافي الاولى فيعمل بكل منهما في مورده.

(١) وقد خرجت اخيراً من المطبعة الى المكتبات ولله الحمد .

أقول : في المقام لنا بحث من جهتين :

الاولى ان الشاهد واليمين وان لم يكونا بينة بالوضع أو الانصراف الا انهما حجة شرعية فماالمانع من تحقق المعارضة بينهما وبين البينة؟ والروايات الواردة فيتعارض البينتين لاتنفى ذلك لنظارتها الىخصوص تعارض البينتين فقط ولا جواب عنه عندي الا بتقديمالبينة عليهما من جهة الترجيح بالاكثرية على ما اخترناه فلولاه لكان تحقق التعارض بينهما غير ممنوع (١).

الثانيةان لفظ البينة بمعناهااللغوييشمل الثقة الواحد والعدل الواحدفضلا عما اذا نضم اليه اليمين أوامرأتان أوعادل آخر ، لكن الظاهر من الروايات نقله الى غير معناه اللغوي العام و المتيقن من المعنى المنقول اليه هوالشاهدان الذكران واما الشاهد والشاهدتين ففي كونه معنى شرعياً له نوع تردد، فانفي الروايات الواردة حول حجية شهادة الشاهد والشاهدتين لم يطلق اسم البينة عليهما. كما لم يطلق على الشاهد واليمين(٢) فكيف يفرق بين الحجتين بجعل

---

(١) وبعد مدة وقفت على كلام للمحقق العراقي قال في ص١٣٣ وص١٣٤ كتاب قضائه : ... ان مجرد عدم صدق البينة على الشاهد واليمين لايقتضى عدم المعارضة بعد اطلاق دليله فى الاموال، بل حينئذ ربما يكون الشاهد واليمين مقدماً على الشاهدين فى فرض كونهما من جانب خارج اليد لانه وظيفة المدعى فى مقام الفصل بلاصلاحية الشاهدين منقبل ذىاليد للميزانية اصلا كما انه لابأس بالاخذ بكليهما فيما لوكان المال بيدهما اذ كل منهما من حيث كونه من الخارج حجة ... وحينئذ فالتحقيق فى صورةكون المال فىيدثالث غير مقر لاحدهما معينا اولايد لاحد عليه الحكم بالتساقط بين الشاهدين والشاهد واليمين على ماهو التحقيق منكونالاخير أيضاً ميزاناً مستقلا للمدعى قبالالبينة واليمين ...

اقول: قد عرفت عدم ترجيح بينة الخارج على الداخل أو العكس فلايقدم الشاهد واليمين على الشاهدين ، والعمدة انه اهمل الترجيح بالاكثرية فى هذا المقام.

(٢) لاحظ الروايات من ص١٩٣ الى ص١٩٩ ج١٨ من الرسائل.

الاولى من البينة وصحة تعارضها مع الشاهدين دون الثاني ؟

الا أن يقال ان المعنى المنقول اليه هو تعدد الشاهد ذكراً كان أوأنثى غاية الامر اعتبار رجل واحد فيها وحيث ان الشاهد الواحد مع اليمين غير متعدد ليس ببينة . لكنه مجرد قول لادليل عليه ، ودعوى الانصراف والتبادر ونحو ذلك غير مسموعة بعدعدم ثبوت اطلاق البينة على غير الشاهدين في لسان الشارع وهذا اشكال عسير باعتقادي فان تم الاشكال ولم ينحل يكون الشاهد والشاهدتان حجة شرعية غير بينة في عرض البينة بل وفي عرض الشاهد واليمين مع الغض عن الترجيح بالاكثرية .

لكن في الصحيح عن يونس عمن رواه قال : استخراج الحقوق بأربعة وجوه بشهادة رجلين عدلين فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فان لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعي فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه[1].

ظاهر العبارة عدم حجية كل من التالي مع متلوه فلايتحقق التعارض بينهما، خلافاً للمشهور في الشاهدين والشاهد والشاهدتين على ماعرفت .

لكن الكلام في سند الرواية فان كان المراد من الموصول المجرور الامام عليه السلام بحيث رجع ضمير الفعل (قال) اليه فالسند معتبر . وان كان المراد به أحد الرواة فالرواية مرسلة مضمرة فالسند ضعيف، نعم احتمال كونه مقطوعاً تبعده جلالة شأن يونس فتأمل .

وهنا رواية أخرى وهي صحيحة داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام وفي آخرها : فقلت : فاني ذكر الله تعالى : فرجل وامرأتان فقال ذلك في الدين فاذا لم يكن رجلان فرجل وامرأتان ورجل واحد ويمين المدعي اذا لم يكن

---

(١) ص١٩٨ ج١٨ الوسائل

امرأتان قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وآله[١].

لكن في دلالتها على عدم حجية كل من الاخيرتين في فرض تعارضه مع الاولى نظر فانها انما تدل على عدم جواز اقامة الثالث مع امكان الاول أو الثاني والثاني مع امكان الاول فقط وأما اذا اقامها صحيحاً فتعارضت به بينة الطرف الاخر وان كان رجلان فلا دلالة للرواية على عدم حجيتها فلاحظ وتأمل ثم الظاهر عدم ترتب ثمرة عملية على كون الشاهد والشاهدتين مصداقاً للبينة وعدمه لتحقق التعارض بينه وبين الشاهدين ولا اكثرية مع الاخر حسب الفرض .

مسألة ٢٠١: اذا امتنعت القسمة في المدعى به لبطلان الاشتراك فيه كما اذا تنازعا في زوجة، يرجع الى القرعة بلا خلاف ولا اشكال بل قطعا كما قيل، وعن الشهيد الثاني انه لا يمين هنا اذ فائدتها القضاء للاخر مع النكول وهو منفى هنا ولم يعلم وجهه لامكان القضاء للاخر مع يمينه عند نكول صاحب القرعة ولا نافي له، وانما المنفي هو التنصيف قبل القرعة أو بعدها مع نكول المتنازعين معا عن الحلف فتنفي عنهما معاً فالعمدة هو النظر الى اطلاق دليل الحلف، فان ثبت ـ كما هو كذلك ، لصحاح داود وعبد الرحمن والحلبي[٢] ـ فلابد من الالتزام به .

مسألة ٢٠٢: المرجح لاحدى البينتين المتعارضتين على الاخرى امران الاكثرية العددية والاعدلية كما يستفاد من صحيح عبد الرحمن ولا يعتبر اجتماعهما معاً بل يكفى للترجيح مجرد الاكثرية كما في صحيح أبي بصير وموثقة سماعة والظاهر كفاية الاعدلية أيضاً له .

واذا فرضت الاكثرية في أحداهما والاعدلية في الاخرى فالظاهر عدم الدليل

(١) ص٢٦٦ ج١٨ من الوسايل

(٢) ص١٨٣ وص١٨٥ ج١٨ .

على الترجيح وعلى كل لايتعدى منهما الى غيرهما فلا تتقـدم الشهادة بسبب الملك على الشهادة بمطلق الملك كما قيل لعدم النص .

مسألة ٢٠٣: اذا شهدت احداهما بقدم الملك والاخرى بحادثه في العيـن الخارجة من ايديهما فقالت الاولى انها لزيد من سنتين لحد الان والاخرى انها لبكر من سنة فان علم ان مستند البينة الاولى هو الاستصحاب تقدم الثانية عليها لانقطاع الاستصحاب بالبينة فان لم يعلم تساقطان للتعارض في السنة الاخيـرة وحيث ان شهادة الاولى على الملكية في السنة الاولى لامعارض لها يحكم بها لمالكهـا فله مطالبة الاجرة من المتصـرف بل تستصحب الى زمان الحاضـر فيقضى له اذ لامانع له سوى البينة الساقطة بالمعارضة وهذا هو المنقول عن المشهور خلافاً لجمع ويؤيده ذيل رواية بن سنان في الجملة لكنها ضعيفة سنداً بعلى بن مطر خلافاً لصاحب الجواهر حيث عبر عنها بالصحيحة .

نعم اذا شهدت الثانية بالاشتراء قدمت على الاولى فانـه يفهم انها اطلعت على مالم تطلع عليه الاولى فافهم .

ولو اطلقت احداهما وارخت الاخرى قيل تقدم المطلقة مع العلم باستناد المورخة الى الاستصحاب وأما اذا لم يعلم فالمتجه العمل بالاستصحاب أيضـاً اقتصاراً في تساقطهما على ماعلم تعارضهما فيه وهو الملك في الحال فيبقى غيره مستصحباً ، وقيل تساوتا لاحتمال الاطلاق هذا التاريخ وغيره زائـداً أو ناقصاً فلاحظ وتأمل .

تتمـة

ترجيح احدى البينتين على الاخرى في موارد :

١ ـ الاكثرية .

٢ ـ الاعدلية .

٣ ـ الشهادة بسبب الملك على الملكيةالمطلقة كما قيل .

٤ ـ الشهادة عن علم على الشهادة بالاستصحاب ونحوه ان صحت في نفسها .

٥ ـ الشهادة بالملكية الفعلية مقدمة على الشهادة على الملكية السابقة .

٦ ـ الشهادة بالملك مقدمة على الشهادة بالتصرف واليد .

٧ـ الشهادةالمطلقة علىالمورخة مع العلمباستنادالمورخة الى الاستصحاب كما قيل .

٨ ـ بينة الخارج مقدمة على بينة الداخل كما عن المشهور .

٩ ـ بينة الداخل مقدمة على بينة الخارج كما قيل .

ومما سبق ويأتي في هذا الكتاب يعرف حال اعتبار هذه الوجوه وعدمه .

وأما البحث عن تعارض هذه الوجوه بعضها مع بعضها فالبحث فيه طويل لايسعه هذا المختصر وقد تعرض له المحقق الرشتي[١].

مسألة ٢٠٤: اذا تنازعا في دين على ثالث فهو أما ينكر أو يدعى جهله أو يقول أنه لغيرهما أولهما على التساوي أوعلى التفاوت أو لاحدهما بعينه أولا بعينه على نحو مامر في العين [٢].

فعلى الاولين يحلف المدعى عليه على العدم أوعلى عدم علمه ان لم يكن لهما بينة وان نكل فان حلف احدهما يثبت الدين له وان حلفا معاً فالظاهر هوالتنصيف لبطلان الترجيح بلا مرجح وعدم امكان الجمع بينهما بغيره وعليه بناء العقلاء

(١) ص٢٢٧ ومابعدها من الجزء الثانى من كتاب قضائه المطبوع بمطبعة قيام فى بلدة قم المقدسة .

(٢) محل البحث وحدة المدعى به كما اذا ادعيا ثمن الدار التى اشتراها المدعى عليه بدعوى كل منهما ان الدار له .

أيضاً فافهم ويحتمل القرعة بعد حلفهما [١] .

وان كانت لاحدهما بينة يقضى له وهل للمدعى الآخر احـلاف المنكر ؟ فيه وجهان: الاشبه العدم لانالحق ثبتلغيره بحجة شرعية على الفرض فلايحق له الدعوى بعدها .

وان كانت لكل منهمابينة فالحق تساقطهما مع التساوي ويحلف من‌اصابه القرعة فيقضى له لصحيح عبد الرحمن وصحيح داود وصحيح الحلبي فانهـا مطلقة تشمل الدين والعين .

وكذا الحكم على الثالث سواء عين الغيرام لا صدقه الغير المذكـور ام كذبه، وعلى الرابع يستحق كل منهما النصف للاقرار [٢] ولكل منهما احلاف المدعى عليه ان ادعى علمه كما ان لكل منهما احلاف صاحبه اذ يصبح منكراً بالنسبةالى‌مااخذه من‌النصف وان‌اقاماالبينة لم‌ينفع‌لتساقطهما مع‌التساوي فيقرع الحاكم‌لاخراج مستحق‌الحلف فيدفع‌الحق اليه بحلفه فان‌حلف رد الى‌صاحبه وان نكلا فالتنصيف .

وان اقام احدهما البينة يأخذ الكل وان دفع المديون نصفه الى‌الآخر ولا يرجع اليه عملا باقراره .

وعلى الخامس‌يجب عليه دفع الحق‌الى‌المقر له وللاخراحلافه ان ادعى علمه ، وان اقام بينة يأخذ الكل ولايرجع المدعى عليه الى المقر كما مر .

وان اقاما معا البينة فالحكم كما مر، فان خرج القرعةباسم المقرله وحلف أخذ حقه وان خرج باسم‌صاحبه وحلف وأخذ الحق وجب على المدعى عليه

---

(١) مع فرض انحصار الحق فى المتنازعين كما مرفى ص١٠١ .

(٢) لو اقر الثلثين لاحدهما والثلث للاخر مثلا يدفع‌الثلثين الى صاحبهما والثلث الى صاحبه وهكذا.

دفع مااقر به للمقر له ، واما اذا أخذ الحق غير المقر له باليمين المردودة ففي وجوب دفعه الى المقر له اشكال ، من الاقرار ومن استنـاد الاتلاف الى المقر له نعم اذاكان له عذر شرعي في ترك الحلف لايبعد وجوب الدفع اليه فتأمل.

وعلى السادس يدفع الى من خرج القرعة باسمه مع يمينة ان اقاما بينة والى احدهما ان اقامها وللاخر احلافه ان ادعى علمه ومع عدم البينة فيه وجهان التنصيف بعد التحالف والقرعة ولعلها الاظهر(١) ان لم يصالحا على التقسيم هذا بالنسبة الى حسم مادة النزاع وأما تكليف المقر في نفسه ففيـه بحث معروف من ان الواجب عليه ماهو ؟ تحصيل البراءة اليقينية بدفع الحق الى كل منهما؟ أوالتنصيف لاجل قاعدة العدل والانصاف ؟ أو الرجوع الى القرعة؟ أوتخييره في دفعه الى ايهما شاء ؟ أو معاملة المجهول المالك معه ؟

ولو أقر رابع بان الدين المتنازع فيه في ذمته لا في ذمة المدعى عليه لم تندفع الخصومة عنه اذا لم يصدقا المقر ولابد من العمل حسب اقراره .

ثم لايخفى انه اذا تعارضت البينتان في الدين لايصح احلاف الحـاكم المتنازعين للتنصيف كما قلنا به في العين بل يتعين هنا القرعة لاخراج الحالف وذلك لاختصاص مادل على الاحلاف بالعين وعموم دليل القرعة فلذا قلنا في العين بتخيير الحاكم بينهما وبعدمه في الدين .

---

(١) مع فرض انحصار الحق فى المتنازعين كما مر .

احكام الاختلاف فى العقود[1]

مسألة ٢٠٥ اذا تنازع الزوجان في العقد فادعي أحدهما الانقطاع والاخر الدوام فان كانت البينة لاحدهما فهو وان كانت لهما تقدم أكثرهما عدداً أوعدلا ومع التساوي تسقط وتخرج الحالف بالقرعة كما تقدم وهكذافي المسائل الاتية.

وان لم تكن لها بينة فيمكن ترجيح قول مدعي الدوام لوجهين .

١ ـ اصالة عدم ذكر الاجل في العقد بناء على ان عدم ذكره مطلقاً ولـو مع قصد الانقطاع يوجب انقلابه الى الدائم فعلى مدعي الانقطاع اثبات ذكر الاجل، أونقول المحتاج الى اعتبار المدة هو عقد الانقطاع دون الدوام للزوم ذكرها فيه دونه ومع الشك يحكم بعدمه فيثبت العقد الدائم . اما الاول باقرارهما واما الثاني فباصالة عدم اعتبار المدة الذي هو معنى الدوام .

٢ ـ اصـالة دوام الزوجية بعد ثبوتها باعترافهما حتّى يثبت المخـالف عدمه. ورد بأن اصالة عدم اعتبار الزوجية الدائمة ترفع الشك وبها يحرز عدم

---

(١) الفرق بين هذا والعنوان السابق معلومية المالك هنا ومجهوليته هناك فتأمل .

الزوجيةفي الزايد على المقدار المتفق عليه .

ويمكن ترجيح قول مدعي الانقطاع أيضاً بوجهين :

١ ـ اصالة عدم اعتبار الزوجين المدة الزايدة عن المتفق عليها .

٢ ـ ان مدعي الدوام هو الذي يطالب الاخر بشيء ما ومدعي الانقطاع هو المنكر والقول قوله مع يمينه حتى يثبت المدعي دعواه .

ومنه يظهر الحال اذا وقع النزاع بين ورثة الزوجين .

مسألة ٢٠٦ اذاادعى زوجية امرأة بلابينة فله احلافها واحلاف زوجها الذي تعترف بزوجيتها له فان حلفت فلاحق له في احلاف زوجها لسقوط الدعوى واما اذا استحلف الزوج اولافغي سقوط الدعوى وعدمجوازاستحلاف الزوجة نوع تردد والاشبه السقوط كصورة نكول الكل . واذا اقام المدعي بينة على انها زوجته واقامتها على عدمهاواقامهاالزوج على انها زوجته تسقط بينةالمدعي لترجيح بينتهمابالاكثرية لان بينة الزوج بمدلولها الالتزامي تتحد مع بينةالزوج في مدلولها المطابقي .

مسألة ٢٠٧ اذا تنازعا في زوجية امرأة منكرة أوجاهلية بها، فان أقاما بينة فقد مر حكمها مراراً لكن الكلام فيما اذا لم يحلف من ترجح بينته أو اصابته القرعة فهل يجوز للاخر ان يحلف أويرد اليمين عليها ومع نكولها يرد عليهأو لايرد عليه أصلا كما هو ظاهر سيدنا الأستاذ فحكمبعدم ثبوت الزوجيةبنكول الاول لسقوط البينتين بالتعارض ؟ والاظهر عند نكول صاحب القرعة أو البينة المرجحة عن الحلف يسقط دعواه، واما الاخر فكأنه لابينة له فتحلف هيعلى العدم أوعلى عـدم العلم ، فان ردت وحلف قضي له وذلك لاطلاق مادل على اثبات الحق بيمين المنكر واليمين المردودة منه (١) .

---

(١) ص١٧٦ـج١٨ الوسايل

واذا لم تكن لهما بينة فان حلفت فهو وان ردت وحلف أحدهما فيقضي له وان حلفا فالظاهر الرجوع الى القرعة وفي اعتبار الحلف الثاني بعد القرعة نظر. ويحتمل ـ على بعد ـ الرجوع الى القرعة بعد نكولها وقبل حلفهما فيحلف من اصابته القرعة .

مسألة ٢٠٨: اذا اختلفا في عقد فكان الناقل للمال يدعي البيع وكان المنقول اليه المال يدعي الهبة فان كانت عين المال باقية ولم يكن المنقول اليه ذا رحم أولم يدع الهبة المعوضة التي ثبت تعويضها فجاز لمدعي البيع أخذها فانه على البيع له الفسخ من جهة عدم رد الثمن وعلى الهبة له الرجوع لجوازها وكذا اذا ادعى المنقول اليه الهبة المعوضة ولم يثبت التعويض .

واما اذا تلفت العين أوكان المنقول اليه ذا رحم فبما ان مدعي البيع يدعي اشتغال ذمة الآخر فهو مدع فعليه الاثبات و الا حلف الآخر ان استحلفه ، واذا انعكس الامر فادعى الناقل الهبة وادعى المنقول اليه البيع مع فرض بقاء المال وغير الرحم وعدم اثبات التعويض فعلى الناقل الاثبات لانه يدعي زوال ملكية الاخر بمجرد رجوعه ومع عدمه فالقول قول مدعي البيع مع حلفه ان شاء واما مع فرض عدم أحد تلك الامور الثلاثة فلاأثر لدعوى الهبة كما لايخفى .

مسألة ٢٠٩: اذا ادعى المالك العارية والآخر الاجارة فالقول قول المالك لان الاخر يدعي ملكية المنفعة واستحقاق ابقاء العين عنده الى انقضاء المدة فعليه الاثبات وان أقاما بينة فيحلف من رجح بينته أوأصابته القرعة فان نكل ردّ على الاخر فان حلف يقضي له .

وان ادعى المالك الاجارة والاخر العارية فان قلنا باصالة الضمان في الاموال فعلى مدعي العارية الاثبات والا يجب عليه أجرة المثل ان لم يثبت قول المالك

وان لم نقل به لعدم اطلاق أوعموم في البين (١) فالقول قول الاخر الاأنيثبت المالك اشتغال ذمة القابض بالاجرة .

ويمكن أن نستدل على اصالة الضمان فيها بمعتبرة اسحاق بن عمّار قال سألت أباالحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاألفدرهم فضاعت ، فقالالرجل: كانت عندي وديعة وقال الاخر: انما كانت لي عليك قرضاً . فقال : المال لازم له الا أن يقيم البينة انها كانت وديعة (٢).

ولاموضوعية لخصوصيات المورد عرفاً فكما نعمل بها في موردها كذلك في المقام وغيره والجمود في أمثال المقام غير محمود والمقام محتاجالىمزيد تتبع وتفحص .

مسألة ٢١٠ : اذا ادعى المالك ان المال الموجود قرض ويدعي القاضي انه وديعة فهو كالفرض المذكور في الموثقة السابقة (في المال التالف) فيقدم قول المالك لما عرفت ، ولظاهر موثقة اخرىلاسحاق عن الصادق عليهالسلام في رجل قال لرجل : لي عليك ألف درهم فقال الرجل : لا ولكنها وديعة ، فقال أبوعبدالله عليه السلام : القول قول صاحب المال مع يمينه (٣).

ولو كان المال تالفاً لقال : ولكنها كانت وديعة . فدلالتها على وجود المال غير خفية لايقال : لابد من حملها على التالف حيث ان الدرهم مثلي فلوكانت الدراهم موجودةلم يكنأثر يترتب علىالدعوى اذ ليسلمدعيالقرضالامتناع

---

(١) الضمان يثبت بالالتزام به بعقد أوبالاستيلاء بغير اذن المالك كما قالالاستاذ ولكن يمكن أن يقال انه يثبت أيضاً بالتصرف في مال الغير من غير اسقاط الاجرة فعلى مدعى العارية اثباته .

(٢) ص٢٣٢ ج١٣ الوسائل

(٣) ص١٣٩ المصدر

عن قبول المال الموجود. كما ذكره السيدالاستاذ وحيث انه فصّر الروايتين معا على التالف قال : واما اذا كان المال موجوداً أوكان قيمياً فالقول قول من يدعي الوديعة حتى يثبت مدعى القرض اشتغال ذمة الاخر بالقيمة .

فانه يقال لاملزم للحمل المذكور لعدم حصر الاغراض فلعل المالك والقابض متفقان على عدم النقل فعلا وانما يتداعيان للضمان وعدمه في فرض التلف أو لغير ذلك.

مسألة ٢١١: اذا ادعى المالك ان المال وديعة وادعى القابض انه رهن ففي صحيح بن مسلم عن الباقر عليه السلام انه يقدم قول مدعي الوديعة وعلى مدعي الرهن البينة ، ولكن في الروايتين المعتبرتين عن الصادق عليه السلام عكسه (١) وجمع سيدنا الاستاذ بينهما بحمل الاخيرين على فرض ثبوت الدين وغيره مما يصح عليه الرهن والاول على فرض عدم اثباته وليس وجه الجمع ظاهراً حتى بملاحظة رواية المروزي (٢) فانها ضعيفة على الاصح ومع فرض تساقطهما بالتعارض يقدم قول مدعي الوديعة مطلقاً الا أن يثبت الاخر للرهن .

مسألة ٢١٢: اذا ادعى المالك الاجارة وادعى القابض البيع فعليه اثبات ملكية العين ومع عدمه يقبل قول مدعي الاجارة بيمينه .

يقول السيد الاستاذ دام ظله: هذا اذا اتفقا في مقدار العوض اوكان الثمن على تقدير البيع اكثر والاّ كان المورد من موارد التداعي فيحكم بالانفساخ مع التحالف، فان ملكية المنفعة لمدعي البيع وان كانت متفقاً عليها الا ان ما يملكه مدعي الاجارة على مدعي البيع مجهول فكل منهما يدعي على الاخر شيئاً وهو ينكره. فان مدعي البيع يدعي ملكية العين والاخر ينكرها ومدعي

(١) ص ١٣٦ المصدر

(٢) ص ١٤٠ المصدر

الاجارة يدعي أجرة على مدعي البيع وهو ينكرها فان لم يثبت شيء من الدعويين ببيّنة أوحلف حكم بالانفساخ انتهى فتأمل فيه .

مسألة ٢١٣:اذا اختلف المتبايعان في زيادة الثمن ونقصانها مقتضى القاعدة تقديم قول من يدعي النقيصة حتى يثبت الاخر زيادتها، لكن المشهور المدعي عليه الاجماع تقديم قول مدعي الزيادة اذا كانت المبيع موجوداً لمرسلة البزنطي ولصحيحة عمر بن يزيد عن الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله : ان التاجران ... وهما بالخيار مالم يفترقا فان اختلفا فالقول قول رب السلعة(١).

استظهر الاستاذ منها فرض بقاء العين فما لم يفسخ العقد يقدم قول البائع لكن الاستظهار المذكور غير واضح ، نعم مرسلة البزنطي تدل على المراد دلالة واضحة .

مسألة ٢١٤ :اذا ادعى المشتري شرطا أو زيادة في المبيع أو في الاجل ونحوذلك فالقول قول البائع المنكر مع يمينه، وأما اذا اختلفا في جنس المبيع أو جنس الثمن كان من موارد التداعي ، فان لم تثبت دعوى أحدهما ببينة أو حلف حكم بالانفساخ .

مسألة ٢١٥:اذا اتفقا في الاجارة واختلفا في الأجرة زيادة ونقيصة ، فالقول قول مدعي النقيصة لاصالة عدم الزيادة الا أن يقيم مدعيها البينة عليها وان أقاما بينة فالحكم ماتكرر في المسائل السابقة . وكذا اذا اختلفا في العين المستأجرة زيادة ونقيصة مع الاختلاف في الاجرة أو اختلفا في المدة كذلك مع الاتفاق في الاجرة والعين .

كل ذلك واضح لاغبار عليه ، وقد نقل الشهرة على المورد الاول أيضاً .

---

(١) ص٣٨٣ ج١٢ الوسائل .

ولكن للشيخ الطوسي ومن تبعه وللمحقق الحلي وصاحب الجواهر كلمات لا تفهم حق الفهم ولعل المطالع يتعجب من بعضها ، والحق ان حكم المسألة واضح كما عرفت، وكل ماقيل بخلافه لم يزدها الا ابهاماً واغلاقاً[1] والله العالم .

مسألة ٢١٦: اذا اختلفا في مال معين وادعى كل منهما انه اشتراه من زيد وأقبضه الثمن ، فان كذبهما حلف لهما واندفعا عنه وان أقر لاحدهما دفع له العين وللاخر احلافه فان نكل وحلف الاخر المذكور غرم له القيمة أو الثمن وكذا ان أقر له بعد اقراره للاول الا أن يصدقه الاول فيدفع العين اليه ، ولو أقر لكل منهما ببعضه متساوياً أو مختلفاً حكم به لهما ، ولكل منهما احلافه ، وان أقر لاحدهما لا على التعيين أو قال لاأدري أوسكت جرى عليه حكم دعويين على مال لا يد لاحدهما عليه ، وقد مر في الصورة السابعة . ونقل الجواهر عن كشف اللثام التقارع في الاول وسكت عليه والحق ماعرفته سابقاً .

وان أقر لاحدهما وأقام الاخر البينة دفع المدعي به له وغرم المقر للاول القيمة أو ماأخذه منه لنفوذ اقراره . ولو أقر لهما أوكذبهما أو سكت وأقام أحدهما البينة قضي له وللاخر احلافه ان ادعى علمه بأن العين كلها له فان نكل دفع الثمن كله وان حلف دفع نصفه لاقراره، وان أقاما البينة فان اعترف البايع لاحدهما فالحق له مع يمينه لما مر في الصورة السادسة في بعض المسائل المتقدمة وللاخر احلاف البائع ان الغينا بينته مطلقاً وان قلنا بصحتها في خصوص اقباض الثمن فللاخر الرجوع الى أخذه وهذا غير بعيد . وان اعترف لهما يحكم بالتنصيف لهما مع اليمين لما مر في الصورة الثانية ، ويرجع كل منهما على البايع بنصف الثمن . وأما اذا نكل أحدهما وحلف الاخر حكم له بالمال كله وهل هو يستحق نصف الثمن على البايع أوكله ؟ فيه بحث يأتي . وان انكر

---

(١) لاحظ ص٤٥٦ الى ص٤٦١ ج٤٠ من الجواهر .

عليهما فقد مرالحكم في الصورة الثالثة عشرة وتفصيله ماذكره السيدالاستاذ[١]: وان أقام كل منهما البينة أو لم يقيما جميعاً توجه الحلف الى البايع، فانه المدعي عليه اذا لم تكن بينة أو كانت متعارضة ، فان حلف على عدم البيع من كل منهما سقط حقهما[٢] وان حلف على عدم البيع من أحدهما سقط حقه خاصة وان نكل ورد الحلف اليهما فان حلفا معاً قسم المال بينهما نصفين[٣] فانه اذا كان لكل منهما بينة كان التنصيف بمقتضى تعارض البينتين على ماتقدم وان لم تكن لهما بينة من جهة الحلف القائم مقام البينة وان سكت المدعي عليه اذا دعى جهله بالحال فبعد تساقط البينتين يحكم بالتقسيم بينهما مع اليمين ولا يستحلف المدعى عليه الا اذا ادعى أحدهما أو كلاهما علمه بالحال فيستحلف . فان نكل أحدهما سقط حقه أو كلاهما سقطت الدعوى[٤] وقد مر دليل الفرض في الصورة العاشرة والتاسعة .

هذا كله اذا كان المال بيد البائع وأما اذا كان بيدهما أو بيد أحدهما فيفهم حكمه مما مر هذا هو المناسب بحسب الادلة لكن في الشرائع وشرحها الكبير[٥] حكم في فرض تعارض البينتين بالقرعة من دون تفصيل بين اعتراف البايع أو انكاره مطلقاً أو بالنسبة لاحدهما أو سكوته وغيره فحكم لمن أصابته القرعة مع يمينه، ونسبه الى المشهور ، ثم نقل الشارح عن كشف اللثام احتمال الاقتسام للتعارض واحتمال التساقط فيحلف الثالث لهما لو اكذبهما ...

---

(١) ص٦٨ ج١ مباني تكملة المنهاج .

(٢) والمراد بالحق هو ثبوت البيع دون الثمنين لعدم تعارض البينتين فيهما فيلزم المدعى عليه بردهما عليهما وكذا يجب عليه رد الثمن على أحدهما في الفرض الاتي .

(٣) ويرجعان على البائع بنصف الثمن لمامر .

(٤) وأما رد الثمن فكما مر .

(٥) ص٤٦٤ ج٤٠ الجواهر .

ثم قال في الجواهر وشرحها : وعلى كل حال يلزم البايع اعـادة الثمن على الاخر لان قبض الثمنين ممكن فتزدحم و تجتمع البينتان فيه بخلاف عقد البيع ، ولو نكل من أخرجته القرعة حلف الاخرولو نكلا قسمت بينهماولكن يرجع كل منهما بنصف الثمن الذي دفعاه الى البائع المفروض قبضه للثمنين.

أقول : اذا كان حرمان أحدهما أو كليهما عن تمام الحق أو بعضه مستنداً الى ترك اليمين يشكل معه اغرام البايع به و كذا يشكل فسخ البيع بخيار تبعض المبيع نعم اذا كان التبعض غير مستند الى ترك اليمين توجه الخيار المذكور.

ولو فسخ أحدهما فهل للاخر أخذ الجميع أم لا فيه وجوه(١).

مسألة ٢١٧: اذا ادعى كل من الشخصين مالا في يد الاخر وأقام كل منهما البينة على ان كلا المالين لـه حكم بملكيـة كل منهما مـافي يـده مع يمينه ، واستدل على ذلك بذيل موثقة اسحاق السابقة(٢).

وفي الجواهر : ومما يتفرع على ذلك انـه لوكان المتخاصمان في بعضي الذبيحة المنفصلين كافراً ومسلماً حكم بكون مايقضي بـه للكافر ميتة وللمسلم مذكى، وان كان كل واحد من الجزئين انتزعه من الاخر عملا بظاهر اليد المعتبرة شرعاً ، ولايقدح في ذلك اليد السابقة بناءاً على تقديم بينة الخارج بل لعل... الحكم كذلك في الجزئيـن المتصلين ضرورة اتحاد المدرك فيهما . أقـول : وفيه نظر .

مسألة ٢١٨ : المنسوب الى المشهور المدعي عليه الاجماع انه اذاتداعى الزوجان متاع البيت فمايصلح للرجال للرجل ومايصلح للنساء للمرأةومايصلح

---

(١) ص٤٦٦ ج٤٠ الجواهر .

(٢) ص١٨٢ ج١٨ الوسائل .

لهما يقسم بينهما بعد التحالف أو النكول .

وذهب جمع الى حلف كل منهما لصاحبه كغير المتاع ممايتداعى فيه اثنان مثلا وكان في أيديهما واستدل للمشهور بصحيحة رفاعة عن الصادق عليه السلام: قال اذا طلق الرجل امرأته وفي بيتها متاع فلها مايكون للنساء وما يكون للرجال والنساء قسم بينهما ، قال: واذا طلق الرجل المرأة فادعت ان المتاع لهاوادعى الرجل انالمتاع له ، كان له ماللرجال ولها مايكون للنساء[1] وليس في المسألة غيرها رواية معتبرة سنداً ودلالة يستدل بها اذ رواية يونس لجهالة طريق الشيخ الى ابن فضال ضعيفة وموثقة سماعة مجملة تقريباً .

أقول العمدة هو ذيل الرواية فنحكم لاجله بأن ماللرجال للزوج وماللنساء للزوجة اذا تداعيا ولم يقيما بينة أو أقاما بينة متساوية وأما تقسيم مايصلح لهما بينهما فلم أجد عليه دليلا معتبراً وأما صدر الصحيحة فهو ظاهر ـ خصوصاً بقرينة ذيلها في بيان الحكم الواقعي دون فرض الترافع والقضاء ولا أدري هل به قائل من الامامية أو لا ؟ فيرجع فيما لهما الى القواعد العامة بل لايترك الاحتياط مهما أمكن في مدلول ذيل الصحيحة لمكان صدرها .

نعم اذا جرت العادة باهداء المتاع من بيت الزوجة كان القول قولها مطلقاً حتى فيما يخص الرجال تقديماً للظاهر على الاصل حتى يثبت خلافه لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام فلاحظه بطوله [2] .

ولاادري هل يوجد بما ذكرته من التفصيل قائل امّلا ؟ والله الهادي. وعلى كل مقتضى الاطلاق عدم اشتراط التصرف أو الاستيلاء في الحكم المذكور نعم قيل باعتبار عدم يد الاخر عليه فلو فرض ان المتاع الخاص بالنساء كان في

---

(١) ص٥٢٤ ج١٧ الوسائل .

(٢) ص٥٢٣ ج١٧ الوسائل .

صندوق الرجل وتحت يده أو العكس يحكم بملكية ذي اليد .

أقول: اطلاق الرواية يشتمل الفرض، نعم اذا اثبت مع ذلك خروج المتاع عن يد الاخر يحكم له عملا بالقاعدة بعد انصراف الرواية عنه ولعله مراد القائل وبالجملة مجرد استيلاء يد احدهما في مال البيت مع عدم احراز عدم يد الاخر لايوجب الخروج عن اطلاق الرواية فلاحظ والله العالم .

ثم انه لايتعدى من مورد الرواية الى غيره بل يقدم الاصل على الظاهر في كل مالم يثبت خلافه بدليل معتبر ، ومنه يظهر المنع فيما حكى عن العلامة من انه لو كان في محل عطار ونجار فاختلفا في المتاع حكم لكل بآلة صناعته ولو كان الخياط في دار غيره فتنازعا في الابرة والمقص حكم بهما للخياط لقضاء العادة باستصحابهما معه وهكذا . والاقوى هو الرجوع الى القواعد الاولية .

مسألة ٢١٩: اذا ادعى أبو الزوجة الميتة ان بعض ماعندها من الاموال عارية فالمشهور على توقف اثباته على اقامة البينة حسب القاعدة المطردة وقيل يقبل قوله تخصيصاً للقاعدة لاجل مكاتبة جعفر بن عيسى الى الهادي عليه السلام مصرحاً فيها بعدم قبول دعوى زوجها أو والدي زوجها ذلك (١).

أقول ضعّفها المحقق في الشرايع وصححها سيدنا الاستاذ وهذا هو الظاهر من الجواهر أيضاً . لكن العمدة في اعتبار الرواية وعدمه هو جعفر بن عيسى الذي وثقه الاستاذ بوقوعه في اسناد كامل الزيارات وبورود رواية معتبرة في مدحه لكن الاول لايوجب التوثيق على مافصلناه في كتاب الرجال والثاني غير خال عن النظر فان الرواية الواردة وان كانت معتبرة سنداً لكن دلالتها على صداقة الرجل غير واضحة لاحتمال نظارتها الى هداية الرجل بحسب الاعتقاد فلاحظ وتأمل فلا يترك الاحتياط مهما أمكن .

---

(١) ص٢١٣ ج١٨ الوسائل .

وعلى فرض الاعتماد على الرواية لايتعدى الحكم الى فرض حياة البنت فلا تسمع دعوى أبيها عارية مافي يدها الا بالبينة اقتصاراً على مورد النص .

مسألة ٢٢٠: اذا قام بينة على انمايد في زيد له فأخذه بحكم القاضي ثم اقام زيد البينة على انه كان له بالملك السابق الذي انتزعه منه المدعى، فهل ينقض الحكم ويعاد المال اليه لانه كان ذا يد كما عن الشيخ (بناء على تقديم بينة الداخل وسقوط البينتين وتقديم قول ذي اليد بيمينه كما هو الاظهر اولاينقض كما ذهب اليه في الشرائع ؟

الصحيح هو الثاني لان الترافع الاول قد زال بالقضاء وهذه دعوى جديدة فيكون زيد مدعيا والمدعى السابق ذو يد منكر .

مسألة ٢٢١: لو ادعى زيد مالا في يد عمرو بكامله وادعى بكر نصفه ولم يصدق عمرو احدهما وأقاما البينة متساوية قضى لمدعى الكل بالنصف المشاع لعدم المزاحم له فيه، وتعارضت البينتان في النصف الاخر فيقرع بينهما ويقضى لمن اصابته القرعة مع يمينه وان نكل حلف الاخر وقضى له ولو امتنعا منه قضى بينهما بالتنصيف فيكون لمدعى الكل ثلاثة أرباع ولمدعى النصف الربع ، وكذا لو لم تكن لهما بينة ولم يكذبهما ذو اليد متحالفا .

والاظهر انه لايتغير الحكم فيمااذافرض المال بيدهما معا كما يفهم مماسبق فتتساقط البينتان ويقسم بالتحالف .

وفي الشرايع في فرض كون العين بيدهما وأقاما البينة: كانت العين لمدعى الكل ولم يكن لمدعى النصف شيء فان نصفاً لانزاع فيه وهو الذي في يد مدعى الكل فلم يبق الا النصف الذي في يد الخصم وبينة ذي اليد لما في يده غير مقبولة ولذا قالوا بتقديم بينة الخارج .

وفيه اولا انه لادليل على تقديم بينة الخارج خلافاً للمشهور ولا بينة الداخل

خلافاً لبعضهم بل الاقوى تساقطهما والرجوع الى الحلف على نحو سبق .

وثانياً ان مدعى النصف يدعى النصف المشاع وهو بيدهما جميعاً فبالنسبة الى الربع يكون خارجاً فلتقبل بينته .

وماذكره ابن الجنيد من الثلثيـن و الثلث أيضاً غير مدلل ، وان مال اليه صاحب الجواهر [١] .

مسألة ٢٢٢: اذا مات مسلم عن ولدين مسبوقين بالكفر واتفقا على تقـدم اسلام احـدهما على موت الاب واختلفا في الاخر فعلى مدعى التقدم الاثبات والا كان القول قول الاخير مع حلفه اذا كان منكراً للتقدم. وأما اذا ادعى الجهل بالحال فلمدعى التقدم احلافه ان ادعى علمه بما يدعيه .

ووجه تقديم قول المنكر هو ان استصحاب بقاء كفره الى زمان موت أبيه يترتب عليه عدم ارثه منه وأما استصحاب عدم موت أبيه قبل اسلامه فـلايثبت به تأخر موت الاب عن اسلام ابنه ليترتب عليه ارثه منه، ولايفرق في ذلك بين ماذا كان الاسلام والموت مجهولي التاريخ أوكان تاريخ احدهما معلوماً والاخر مجهولا على ماذكره السيد الاستاذ ولا بأس به كما ذكرناه في بعـض مباحث كتاب الطهارة في شرحنا على العروة الوثقى .

واذا بنينا على عدم جريان الاستصحاب في معلوم التاريخ يقضى بنصـف التـركة بين الولـدين فيما اذا كان تاريخ اسلام الابن معلوماً وكان الاختـلاف في تقدم موت الاب على اسلام ابنه وتأخره عنه ، فانهم بنوا على اصالة تأخر الحادث ، فاذا كان اسلام احدهما في شهر شعبان مثلا وكان اسلام الاخر في شهر رمضان وشك في الاب مات قبل دخول شهر رمضان أوبعـده ، فقالوا ان الاستصحاب لايجرى في معلوم التاريخ ويجرى في المجهول فيحكم بذلـك

(١) ص٤٨٢ و ص٤٨٣ ج٤٠ من الجواهر .

بتأخر الموت عن الاسلام لكنه كما افاده الأستاذ ضعيف لجريان الاستصحاب في معلوم التاريخ أيضاً .

ومنه يظهر انه لو كان للميت ولد كافر ووارث مسلم فمات الأب وادعى الولد اسلامه قبل موت والده وانكره الوارث المسلم اذ على الولد اثباته .

مسألة : ٢٢٣ اذا كان لامرأة ولد واحد وماتت المرأة وولدها وادعى اخ المرأة ان الولد مات قبل المرأة وادعى زوجها ان المرأة ماتت أولا ثم ولدها فالنزاع بين الاخ والزوج انما يكون في نصف مال الزوجة لان نصفها الاخر للزوج على كل تقدير .

فان اقام احدهما البينة فهو وان اقاما معا البينة حكم بالتنصيف بينهما مع حلفهما فيكون للاخ ربع التركة ويمكن القرعة لمستحق الحلف بل مر في ماسبق انه المتعين واذا نكل وحلف الاخر قضى له واذا نكلا معا يقسم النصف المذكور بينهما. وان لم تكن بينة فان حلفا قسم المال بينهما وان حلف احدهما قضى له وان نكلا قيل اقرع بينهما ولكن في الشرايع والجواهر ذكر امالايخلو عن التعجب فلاحظ (١).

مسألة: ٢٢٤ لايشترط في حجية البينة واثبات الحق بها دعوى المدعى سابقاً ولاحقاً للاطلاق فيثبت ملكية الغائب اذا شهدت له البينة، نعم اذا كذبها سقط حقه وان ادعى جهله بالحال جاز له الاخذ بها .

(١) ص٥١٣ ج٤٠ الجواهر .

موارد الحبس في الشريعة

مسألة ٢٢٥ دلت روايات على حبس اصناف من الناس واليك مافزت به عاجلا

اولها حبس الامر بالقتل حبس الابد ، لصحيح زرارة عن الباقر عليه السلام في رجل امر رجلا بقتل رجل (فقتله) فقال : يقتل به الذي قتله ويحبس الامر بقتله في الحبس حتى يموت (١) .

وفي صحيح اخر عن أمير المؤمنين عليه السلام : وهل عبد الرجل الا كسوطه أو كسيفه يقتل السيد ويستودع العبد في السجن حتى يموت (٢).

ويمكن الحاق افراد الجند العاديين بالعبيد والقواد العسكريين بالسادة في هذه الا زمان فيتحصل حبس الامر غير الغالب على المباشر وحبس القاتل المغلوب على امره وان ذهب المشهور الى خلافه .

ثانيها حبس القاتل المقهور عليه كما عرفته .

ثالثها حبس مخلص القاتل ، لصحيح حريز عن الصادق عليه السلام في رجل قتل رجلا عمداً فرفع الى الوالي فدفعه الوالي الى أولياء المقتول ليقتلوه فوثب

---

(١) (٢) ص٣٣ ج١٩ الوسائل .

عليه قوم فخلصوا القاتل من ايدي الاولياء قال: أرى ان يحبس الذين خلصوا القاتل من ايدي الاولياء (أبداً) حتى يأتوا بالقاتل ، قيل فان مات القاتل وهم في السجن ؟ قال : ان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعها الى أولياء المقتول[1].

رابعها المرأة المرتدة ففي صحيح غياث عن الصادق عليه السلام ... اذا ارتدت المرأة عن الاسلام لم تقتل ولكن تحبس أبداً [2] .

وفي صحيح حريز عن الصادق عليه السلام لايخلد في السجن الا ثلاثة : الذي يمسك على الموت والمرأة ترتد عن الاسلام، والسارق بعد قطع اليد والرجل[3].

وفي موثقة عباد ... وحبست في السجن واضر بها [4] وفي صحيح اخر: وضيق عليها في حبسها [5] وفي صحيح اخر[6] وتستخدم خدمة شديدة وتمنع الطعام والشراب الا مايمسك نفسها وتلبس خشن الثياب وتضرب على الصلاة.

خامسها حبس فاعل الفاحشة لصحيح بن سنان عن الصادق عليه السلام جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال ان امي لاتدفع يد لامس، فقال فاحبسها، قال قد فعلت قال فامنع من يدخلها عليها قال قد فعلت ، قال قيدها فانك لاتبرها بشيء افضل من ان تمنعها من محارم الله [7] .

سادسها حبس الممسك للقتل، لصحيح الحلبي عن الصادق قال عليه السلام قال: قضى علي عليه السلام في رجلين امسك احدهما وقتل الآخر؟ قال يقتل القاتل ويحبس

---

(١) ص٣٤ ج١٩ الوسائل .

(٢) ص٥٤٩ ج١٨ الوسائل .

(٣) ص٥٥٠ و ص٢٢١ ج١٨ الوسائل .

(٤) (٥) ص ٥٥٠ المصدر .

(٦) ص٥٤٩ ج١٨ .

(٧) ٤١٤ ج ١٨

الاخر حتى يموت غماً كما حبسه حتى مات غماً [١] وقريب منه موثقة سماعة ومحمد بن قيس وصحيحة الصدوق الى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام .

سابعها حبس المتهم بالقتل لرواية السكوني وفي سندها النوفلي عن الصادق عليه السلام ان النبي صلى الله عليه وآله كان يحبس في تهمة الدم ستة ايام فان جاء اولياء المقتول بثبت والاخلى سبيله [٢].

ثامنها وتاسعها وعاشرها حبس الغاصب والخائن وآكل مال اليتيم، لصحيح زرارة عن الباقر عليه السلام كان علي لايحبس في الدين الا ثلاثة الغاصب ومن اكل مال اليتيم ظلماً ومن ائتمن على امانة فذهب بها وان وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً [٣].

حاديعاشرها حبس المديون لصحيح غياث عن الصادق ... ان علياً كان يحبس في الدين فاذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا .

ثاني عشرها من يجرى عليه الحد ففي رواية ابي مريم في امرأة اقرت أربع مرات بالزنا ... ثم امر أمير المؤمنين عليه السلام بها فحبست وكانت حاملا ...

وفي رواية اخرى نقلها المفيد في ارشاده . . . ثم قال فما اصنع بهما يا أبا الحسن ؟ قال احتط عليها حتى تلد [٤].

ثالث عشرها حبس السارق للمرة الثالثة بعد قطع اليد والرجل فانه يخلد في السجن حتى يموت تدل عليه جملة من الروايات [٥].

---

(١) ص٣٥ ج١٩ .
(٢) ص١٢١ ج١٩ .
(٣) ص١٨١ ج١٨ .
(٤) ص٣٨١ ج١٨ .
(٥) ص٤٩٢ المصدر .

رابع عشرهـا حبس الذي يمثل للمرسلة عن الصادق عليه السلام : لايخلـد في السجن الا ثلاثة الذي يمثل ...

وعن المجلسي تفسير التمثيل بعمل الصور والتمثال أو التنكيل والتشويه بقطع الانف والاذن والأطراف .

خامس عشرها حبس المولي في الجملة ففي صحيح أبي بصير عن الصادق عليه السلام الايلاء هو ان يحلف الرجل ... وان رفعته الى الامام انظره أربعة أشهر ، ثم يقول له بعد ذلك ترجع الى المناكحة وأما ان تطلق فـان ابي حبسه ابـداً [1] .

سادس عشرها حبس شاهداً الزور ففي صحيح غياث ان علياً كان اذا اخذ شاهد زور فان كان غريباً بعث به الى حيه وان كان سوقيا بعث الى سوقه فطيف به ثم يحبسه اياماً ثم بخلى سبيله [2] .

سابعشرها حبس الكفيل حتى يحضـر المكفول يدل عليه روايـات بعضها معتبر سنداً [3].

ثامن عشرها وتاسع عشرها والعشرون حبس العلماء الفساق والاطباء الجهال والاكرياء المفاليس كما في رواية السكوني[4] ولهذه الموارد احكام وتفصيلات ذكرنا بعضها في حدود الشريعة في واجباتها في حرف الحاء المهملة .

خاتمة

في صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام: على الامـام ان يخرج المحبسين

(١) ص٥٤١ ج١٥ من الوسائل .
(٢) ص٢٤٤ ج١٨ .
(٣) ص١٥٦ ج١٣ .
(٤) ص٢٢١ ج١٨ .

في الدّين يوم الجمعة الى الجمعة ويوم العيد الى العيد فيرسل معهم فاذا اقضوا الصلوة والعيد ردهم الى السجن[1] ربما يظهر منه الفسحة لهم يوم العيد لزيارة الاهل والاقارب الا ان يراد بالعيد صلاته لكنهـا بعيدة ويلحق بالصلاة الحج الواجب .

مسألة ٢٢٦: يجوز للحاكم الشرعي حبس بعض أفراد اخرى عند المصلحة ولكن فى اطالة مدة الحبس كماهو المتعارف اليوم نظر أومنع .

فايـدة

قلنا بعدم جواز نقض حكم القاضي حتى للقاضي الاخر فى الجملة ، فلا تمييز ولااستيناف فى القضاء الاسلامي فى غير مامرّ بحثه .

لكن يمكن للحكومة الاسلامية حل الدعاوي فى مرحلتين ولوفي خصوص المهمات كالقتل ونحوه .

المرحلة الاولى ارجاع الدعاوي الى قضاة يستنطقون ويحققون الدعاوي والشكاوى ثم يظهرون آرائهم في تشخيص المحق من المبطل ولكن لاينشئون الحكم ولايقضون قضاء فاصلا حاسماً .

المرحلة الثانية ارجاعها الى قضاة يصدرون الحكم الحاسم الفاصل .

ويمكن تثليث المراحل بان تكون المرحلة الثانية أيضاً لاكمال التحقيق.

والمرحلة الثالثة لانشاء الحكم والقضاء .

تم كتاب القضاء بتمام مااردت من بيان معظم مسائله ولله الحمد .

(١) ص٢٢١ ج١٨ من الوسائل وفى اخرها : حبس الامام بعد الحد ظلم .

كتاب الشهادات

مسألة ١ : يشترط فى الشاهد امور :

اولـها ـ البلوغ، بلاخلاف منقول عن احد حتى في المميز ففي صحيح محمد بن حمران قال سألت اباعبدالله عليه السلام عن شهادة الصبي ؟ قال: فقال: لا ، الاّ القتل يؤخذ بأوّل كلامه ولايؤخذ بالثاني[١] .

وفي موثقـة السكوني عن الصادق عن أبيـه عن علـي عليه السلام ان شهادة الصبيان اذا شهدوا وهم صغار جازت اذا كبروا مالم ينسوها...[٢] ومفهومهما عدم الجواز اذا لم يكبروا وكذا مفهوم صحيحـة محمدبن مسلم[٣] ومقتضاهما بطلان شهادة غيرالبالغ في غيرالقتل وقبولها في القتل للرواية الأولى وصحيح جميل عن الصادق عليه السلام ... نعم فى القتل يؤخذ بأول كلامه ولايؤخذ بالثاني منه[٤] .

وفي موثقة عبيد عن الصادق عليه السلام جواز شهادة الصبي والمملوك فى الامر

---

(١) (٤) ص٢٥٢ ج١٨ الوسائل .

(٢) ص٢٥٧ ج١٨ .

(٣) ص٢٥١ المصدر .

الدون وعدمه في الامر الكبير[١] لكن لاأدري هل به قائل أم لا .

ثم ان الشهيد الثاني نقل عن جماعة الاتفاق على عدم قبول شهادة من دون العشرة حتى فى الدم وان كان صاحب الجواهر لم يتحقق الاتفاق المذكور والظاهر انه لعدم التمييز أوضعفه . فلو اكتفى بالتمييز كان اجود وفي الجواهر استظهار اختصاص الحكم من النص والفتوى بالصبيان دون الصبية الباقية على مقتضى الاصول والعمومات الدالة على عدم قبول شهادتها [٢] لكنه لم يبين العمومات المذكورة[٣] ولعلها مادل على اعتبار عدالة الشاهد أو مادلّ على برائة ذمة المتهم بالقتل .

يقول المحقق في الشرايع: والتهجم على الدماء بخبر الواحد خطر فالاولى الاقتصار على القبول في الجراح بالشروط الثلاثة بلوغ العشر وبقاء الاجتماع اذا كان على مباح تمسكاً بموضع وفاق .

أقول: كان اللازم عليه ان تقييده بأوّل كلامهم فانه مختار جماعة، ويدل عليه الصحيحتان المتقدمتان . وفي اللمعة : الا في الجراح بشرط بلوغ العشر وان يجتمعوا على مباح وان لايتفرقوا بعد الفعل المشهود به والاقوى عدم اعتبار الشروط الثلاثة لعدم الدليل عليها بل لايثبت الجراح بشهادتهم أصلا فان المستثنى هو القتل وحده .

---

(١) ص٢٠٣ ج١٨ قيل انها مشتملة على ماهو مقطوع البطلان من عدم جواز شهادة المملوك فى الكبير .

(٢) ص١٤ ج٤١

(٣) فى رواية المروزى عن الرجل عليه السلام : اذا تم للغلام ثمان سنين فجائز امره ... واذا تم للجارية سبع (تسع خل) سنين فكذلك ومفهومها عدم جواز أمر الصبى والصبية قبل البلوغ لكنه كماترى فان الرواية ضعيفة سنداً ودلالة لاحظها وسائر الروايات الواردة في اشتراط البلوغ فى ص٣٥٠ الى ص٣٥٥ ج١ جامع احاديث الشيعة .

ثم ان اثبات القتل بشهادة الصبيان اما لاجل جواز القصاص أو الدية أو لاثبات الدية فقط وان قل المصرح به كما يقول صاحب الجواهر بعد اختياره أما الاول فلاأدري كمية القائلين به وان نسبه سيدنا الأستاذ الى الشهرة العظيمة، لكنني فيه من المتوقفين واما ثبوت الدية بها فالالتزام به غير ممنوع وان كان الاحوط التصالح .

واعلم ان العدالة لايتحقق في الصبي لعدم التكليف الموجب للقيام بها من جهة التقوى كماذكر في شرح اللمعة .

ثانيهما العقل بل الرشد وعدم السفاهة لبناء العقلاء على عدم الاعتناء بشهادة السفهاء وكذا من يغلب سهوه على ذكره الا اذا استظهر عليه واطمئن القاضي بعدم غفلته ونسيانه .

(ثالثها الاسلام) كماهو مورد الايات المشار اليها فى الشرط الاتى وفي صحيح عبيدة عن الصادق عليه السلام: تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل ولاتجوز شهادة أهل الذمة (الملل) على المسلمين .

وفي موثقة سماعة قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شهادة أهل الملة قال فقال: لاتجوز الا على أهل ملتهم[1] ويظهر من جملة الروايات انه من المفروغ عنه بين الرواة ولذا يسئلون عن شهادة الكافر بعد اسلامه[2] وقد استثنى منه مافي قوله تعالى: ياايها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان انتم ضربتم في الارض (المائدة١٠٦) .

وعلى الجملة لااشكال في اعتبار اسلام الشاهد اذا كان المشهود عليه مسلماً

(١) ص٢٨٤ ج١٨ الوسائل .
(٢) ص٢٨٥ المصدر .

وكذا اذا كان غير مسلم عند المشهور ولاجله تطرح الموثقة المتقدمة[١] لكن الاقوى جواز شهادة أهل كل ملة على ملتهم استناداً الى الموثقة المذكورة .

(رابعها) الايمان وعن جمع دعوى الاجماع واحتمل الجواهر كونه ضروري المذهب في هذا الزمان ثم شرع في الاستدلال، وخرج عن حدّ الانصاف ووصف كلام الشهيد الثاني بماله من المتانة والوضوح بمخالفة ظاهر الشريعة وباطنها وكل ماذكره من الوجوه غيرمفيد لمايرومه[٢] فرحمةالله عليه وعلى الشهيد الثاني وجميع علمائنا الابرار .

وذهب سيدنا الاستاذ الى التفصيل فقال ان غير المؤمن ان كان مقصراً في ما اختاره من المذهب فلااشكال فى انه فاسق أشد الفسق فلايكون خيراً مرضياً وعادلا كي تقبل شهادته واما اذا كان قاصراً فمقتضى اطلاقات عدة من الروايات قبول شهادته[٣] منها صحيحة محمدبن مسلم عن الباقر عليه السلام: لوكان الامر الينا لاجزنا شهادة الرجل اذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس[٤] وصحيحه الاخرى عنه عليه السلام في الذمي والعبد يشهد ان على شهادة يسلم الذمي ويعتق العبد أتجوز شهادتهما على ماكانا اشهدا عليه ؟ قال: نعم اذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما[٥] .

---

(١) ص٢٤ ج٤١ الجواهر .

(٢) والتعرض لبيان كلامه ونقده يوجب التطويل ولاأرضى به فلاحظ كلامه (قده) فى ص١٦ الى ص١٩ ج٤١ من الجواهر .

(٣) لااشكال فى ان الغالب المعظم من المخالفين فى اصول الدين قاصرون وتحقيق ذلك مذكور فى الجزء الاول من صراط الحق .

(٤) ص٢٩١ ج١٨ .

(٥) ص٢٨٥ ج١٨ .

ثم جعل محل البحث فيما اذا كان المشهود عليه مؤمناً أو اذا كان غير مؤمن فاستظهر قبول شهادته في حقه بقاعدة الالتزام ولعله على ذلك كانت سيرة أمير المؤمنين عليه السلام في قضاياه ومن المطمئن به ان الاجماع على اعتبار الايمان في الشاهد لو تم لايشمل المقام[١] .

أقول مضافاً الى اطلاق الروايتين المتقدمتين وغيرها من الروايات كصحيح صفوان[٢] ومحمد بن حمران[٣] وصحيح محمد بن مسلم[٤] وموثقة السكوني[٥] ونحوها تدل عليه صحيحة عبدالله بن المغيرة عن الرضا عليه السلام ... كل من ولد على الفطرة وعرف بالصلاح في نفسه جازت شهادته[٦] وكذا رواه الحميري صحيحاً عن البزنطي عنه عليه السلام[٧] وتدل عليه أيضاً حسنة احمد الاتية ، بل يدل عليه اطلاق الايات الكريمة أيضاً[٨] وأما اذا كان المخالف مقصراً فيمكن ان نستدل على عدم اعتبار شهادته بصحيحة محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام في حديث ان علياً عليه السلام قال: لاأقبل شهادة الفاسق الا على نفسه[٩] .

وصحيحة بن سنان : قلت لابي عبدالله عليه السلام مايرد من الشهود ؟ قال فقال : الظنين والمتهم قال : قلت فالفاسق والخائن ؟ قال ذلك يدخل في الظنين .

ومثله صحاح بن خالد وأبي بصير والحلبي في الدلالة على عدم قبول شهادة

(١) ص ٨١ ج ١ مباني تكملة المنهاج .
(٢) (٣) ص ٢٨٥ ج ١٨ .
(٤) ص ٢٨٦ .
(٥) ص ٢٩٠ .
(٦) ص ٢٩٥ (٧) ٢٩٥ .
(٨) البقرة ٢٨٢ النساء ١٥ ـ الطلاق ٢ ـ المائدة ١٠٦ .
(٩) ص ٢٩١ ج ١٨ .

الفاسق [١] .

مسألة ٢: تقبل شهادة المسلم على غير المسلم ولاتقبل شهادة غيره عليه لروايات منها صحيحة أبي عبيدة عن الصادق عليه السلام تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل ولاتجوز شهادة أهل الذمة (الملل) على المسلمين وموثقة سماعة وصحيح ابن مسلم [٢] ولاخلاف ظاهراً في المسألة .

مسألة ٣ ـ انمايصح شهادة غير المسلمين عليهم في الوصية اذا كان الموصي في أرض غربة وسفر ولم يوجد فيها مسلمين لحسنة أحمد بن عمر قال سألته عن قول الله عزوجل (ذوا عدل منكم أوآخران من غيركم) قال : اللّذان منكم مسلمان ، واللذان من غيركم من أهل الكتاب فان لم يجد من أهل الكتاب فمن المجوس [٣] لان رسول الله صلى الله عليه وآله قال سنوا لهم سنة أهل الكتاب وذلك اذامات الرجل بأرض غربة فلم يجد مسلمين يشهدهما فرجلان من أهل الكتاب .

وفي صحيح هشام عنه عليه السلام ... اذا كان الرجل في أرض غربة ولايوجد فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم في (على) الوصية .

مسألة ٤ ـ لافرق في ذلك بين الوصية بالمال وبالولاية ـ أي الوصاية ـ للاطلاق ولايقيد بما في موثقة سماعة [٤] لعدم التنافي .

مسألة ٥ ـ مقتضى اطلاق صحيح ابن مسلم عدم اعتبار كون الشاهدين من غيرنا من أهل الكتاب فضلا عن كونهما من اهل الذمة كما نقل عليه (أي

---

(١) ص٢٧٤ و ص٢٧٥ ج١٨ الوسائل

(٢) ص٢٨٤ و ص٢٨٥ ج١٨

(٣) يظهر من الرواية ان المجوس ليسوا من أهل كتاب وان يعامل معهم معاملة اهل الكتاب لكن الحسنة مضمرة يشكل الاعتماد عليها.

(٤) ص٢٨٧ ج١٨ من الوسايل .

على الاخير) الاجماع. لكن لايبعدظهور الحسنةفي كونهماكتابيين أومجوسيين وعدم كونهما ملحدين غير معتقدين بشريعة ما و هذا هو الاحوط و ان كانت الحسنة مضمرة .

مسألة ٦ ـ نقل عن الاكثر عدم اعتبار السفر وأرض غربة فيصحةالوصية لاطلاق بعض الروايات المقيد بما مر وفاقاً لجماعة ، والعجب من المحقق(ره) في الشرائع حيث يقول ولايشترط كون الموصي في غربة وباشتراطه رواية مطرحة ، ولم يعلم وجه اطراحه !

مسألة ٧ ـ الظاهر اعتبار سائر شروط الشاهد في المقام فان المنفي بالاية والروايات هو خصوص شرط الاسلام لاغيره، نعم ربما يشعر الاية بعدم اعتبار العدالة فيهما فلاحظ (المائدة ١٠٦) .

مسألة ٨ ـ اذا حصل الريب في شهادتهمايحلفان بما في الاية الشريفة في سورة المائدة

مسألة ٩ ـ الظاهر اعتبار شاهد عدل منا وشاهد من غيرنا لان المسلم ليس بأقل من كافر .

مسألة ١٠ ـ مقتضى موثقة سماعة المتقدمة عدم صحة شهادة أهل كل ملة على اهل غير ملتهم لكن اذا لم يوجد الشاهد من ملتهم جازت شهادة غيرملتهم لصحيح الحلبي (١) ولذيل الموثقة نفسها في خصوص الوصية (٢) لكن قيل ان المشهور لم يقبلوا شهادة غير المسلمين مطلقاً الا في خصوص الوصية . والله العالم. ووصف الشهيدالثاني في شرح اللمعة الرواية بالضعف وهو من مثله عجيب.

(خامسها) العدالة كتاباًوسنةمستفيضة أومتواترةواجماعاًبقسميه كمافي الجواهر فانقلت: الثابت في القرآن اعتبار العدالةفي الشهادة على الوصيةومفارقةالزوجة

---

(١) (٢)ص٢٨٧ ج١٨ الوسائل

(المائدة ١٠٦ ـ الطلاق ٢) ولاقرينة فيه تدل على عموم الاعتبار ؟

قلت : اعتبارها في الوصية المبنية على التوسعة حتى يقبل فيها شهادة غير المسلم يستلزم اعتبارها في غيرها بطريق أولى وكيف يمكن الالتزام بعدم ثبوت الوصية بشهادة رجلين غير عدلين وثبوت الزواج والقتل ودعوى المال بشهادتهما؟ كما ذكره بعض الاساتيذ .

وربما يظهر من بعض الروايات المعتبرة قبول شهادة غير معروف الفسق لكنه لاقائل بها ظاهراً وبالجملة هذا الشرط عند الاصحاب معتبر فلامجال للبحث في مداليل الروايات مفصلا نعم مر عدم اعتبارها في الصبيان الشهداء على القتل ويشكل اعتبارها في القابلة فان القوابل غالباً غير عادلة مع انه قد ورد قبول شهادتهن في الولادة كما يأتي .

مسألة ١١ ـ لاتقبل شهادة القاذف مع عدم اللعان أو البينة أو اقرار المقذوف بلاخلاف بل الاجماع بقسميه عليه مضافاً الى الكتاب والسنة المستفضية كما قيل: قال الله تعالى : واللذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولاتقبلوا لهم شهادة أبداً أولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم (النور ـ ٤ ـ ٥) .

ثم ان قلنا برجوع الاستثناء الى الجملتين معاً دون الاخيرة فلابد من اعتبار التوبة والاصلاح معاً في قبول شهادته وقد تكلمنا حول الاصلاح المذكور في الاية وأمثالها في بحث التوبة من كتابنا (حدود الشريعة في واجباتها) في مادة التوبة ، ولايبعد تفسير الاصلاح باكذاب القاذف نفسه كما يستفاد من صحيح ابن سنان قال سألت أباعبدالله عليه السلام عن المحدود اذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال: اذا تاب وتوبته أن يرجع مما قال ويكذب نفسه عند الامام وعند المسلمين،

فاذا فعل فان على الامام أن يقبل شهادته بعد ذلك [١] وقد وردت روايات بذلك في خصوص القذف أيضاً .

اذ لو كان المراد غيره لبينه الامام ولا بعد في ادراج الاصلاح في التوبة واطلاقها عليه .

مسألة ١٢ ـ لاتقبل شهادة السائل بكفه لصحيحي محمد بن مسلم وعلي ابن جعفر [٢] وعلله الباقر عليه السلام بقوله: لانه لايؤمن على الشهادة وذلك لانه ان أعطى رضى وان منع سخط .

والمناط الصدق العرفي فلو سئل لضرورة نادرا لم يقدح في شهادته لعدم صدق الاسم عليه عرفاً والظاهر هو الاعتماد على عموم التعليل ، لايقال قد يفرض كون مثله عادلا مقيداً بوظيفته الشرعية فانه يقال انه فرض نادر والغالب الاغلب عدم حصول العدالة لمثل هؤلاء الاشخاص نعم لو فرض عدالته وأمانته بحيث لايرضى بعطاء ولايسخط بمنع قبل شهادته لكنه فرض نادر بل لعله غير واقع .

(سادسها) طهارة المولد لجملة من الروايات وفيها الصحاح [٣] واشتراطها مشهور بل ادعى عليه الاجماع فلاتقبل شهادة ولد الزنا واما اذا شك في تولده من زنا فتقبل شهادته للعمومات بعد نفي العنوان المذكور بالاصل واما اذا أحرز الفراش فالامر أوضح .

وفي رواية : الاّ في الشيء اليسير اذا رأيت منه صلاحاً .

---

(١) ص٢٨٣ ج١٨ من الوسائل

(٢) ص٢٨١ المصدر

(٣) ص٢٧٦ ـ ٢٧٧ ج١٨ من الوسائل .

بحث وتحقيق حول رد شهود

مسألة ١٣: دلّت روايات على رد شهادة اصناف ففي صحيحة عبدالله بن سنان قلت لابي عبدالله عليه السلام مايرد من الشهود فقال الظنين والمتهم قلت فالفاسق والخائن؟ قال: ذلك يدخل في الظنين.

ومثله صحيح سليمان بن خالد الا انه ذكر الخصم مكان المتهم[١].

ومثله أيضاً صحيحة أبي بصير الا انه ذكر فيه الظنين والمتهم والخصم ومثله صحيح الحلبي[٢] وفي موثقة سماعة قال سألته عما يرد من الشهود، قال المريب والخصم والشريك ودافع مغرم والاجير والعبد والتابع والمتهم. كل هؤلاء ترد شهادتهم[٣].

أقول: واليك بعض مايتعلق بهذه المذكورات.

١ ـ الظنين: لايراد به ظاهراً من يظن به سوء لانه حرام في الجملة ولعل الاحسن تفسيره بفاقد العدالة بقرينة ادراج الفاسق والخائن فيه.

٢ ـ المتهم، والقدر المتيقن منه بعد النص والاجماع على عدم مانعية مطلق التهمة عن الشهادة من لم يثبت عدالته فلايستفاد منها شرط زايد على العدالة كمايظهر من جمع من الفقهاء وفسرها في شرح اللمعة بجر النفع ودفع الضرر بالشهادة.

٣ ـ المريب، ولاينبغي التردد في رجوعه الى الظنين أو المتهم.

---

(١) ص٢٧٤ المصدر.

(٢) ص٢٧٥.

(٣) ص٢٧٨ ج١٨.

٤ ـ الخصم ويمكن ان نفسره بالمدعي فمن يكون مدعياً في الجملة لا تقبل شهادته كشهادة صاحب الدين للمحجور عليه بمال فافهم وكشهادة أحد الشريكين لشريكه الآخر في المال المشترك ويمكن ان نفسره بالعدو فلايقبل شهادة العدو على عدوه كماهو المشهور المدعى عليه الاجماع بقسميه[١] وان لم تكن العداوة محرّمة [٢] وأما شهادة العدو لعدوه فلامانع منه جزماً ويمكن أن نفسره بكل منهما .

واما في غير هذين الموردين فلاسبيل لنا الى الاستدلال بالعنوان المذكور فتأمل فى المقام جيداً .

٥ ـ دافع المغرم ويصح ان نفسّره بما اذا صار مدعياً أو منكراً فلاتقبل شهادته كشهادة أحد العاقلة بجرح شهود الجناية .

مسألة ١٤ : اذا شهد شاهدان بوصية أحد لزيد بمال وشهد شاهدان من الورثة برجوعه عنها ووصيته لعمرو ففي قبول الشهادة على الرجوع أقوال ثالثها التفصيل بين ما كان المال بيد الورثة أومشاعاً وبين ماكان خارجاً عن يدهم فتقبل شهادة الورثة على الثاني ولاتقبل على الاول لان الموصى له مدع للمال الموجود في أيديهم أومدع للشركة معهم في المقدار الموصى به فيكون الورثة من الغريم ولاتقبل شهادة الغريم كمافي تكملة المنهاج ص١٦٤ ج١ .

٦ ـ الشريك وفي صحيح ابان عن الصادق عليه السلام في شريكين شهد أحدهما

---

(١) ص٧٠ ج٤١ الجواهر والمراد العداوة الدنيوية واما العداوة الدينية فلا تمنع فتقبل شهادة المسلم على الكافر .

(٢) كما اذا لم نقل بحرمة بغض المؤمن على ماذكرناه فى حدود الشريعة فى محرماتها فى حرف الباء أوكانت العداوة قهرية أو على سبيل الانتصار والانتقام ونحو ذلك .

لصاحبه قال: تجوز شهادته الاّ في شيءٍ له فيه نصيب[١] .

ومنه يظهر سريان المنع في مطلق من له نصيب في المشهود به وان لم يكن شريكا ، نعم لايسرى في مطلق جلب النفع كما اذا شهد لمعيله الفقير بالمال بل في خصوص مايكون الشاهد مدعياً في الحقيقة .

وفي الجواهر : بل ظاهر النص والفتوى بطلانها حتى بالنسبة الى حصة الشريك وان قلنا بتبعيض الشهادة في غيره ...

ماأفاده مطابق لصحيحة ابان كما لايخفى .

٧ ـ الاجير، يستفاد مانعيته من صحيحة صفوان [٢] وغيرها اما ضعيف سنداً واما غيرظاهر دلالة . واليها ذهب أكثر القدماء، والمنقول عن المشهور بين المتأخرين الجواز .

٨ ـ العبد: اختلفت في قبول شهادته وردها الروايات والاقوال والاقوى القبول مطلقا لكن المسألة لخروجها عن محل الابتلاء لاتستحق البحث .

٩ ـ التابع، ولادري هل به قائل أملا ؟ ويمكن ان نجعل هذا دليلا على ضعف مضمرة سماعة والله العالم .

١٠ ـ الوصي فيما هو وصى فيه، وفي الجواهر[٣] وأما الوصي بل والوكيل فالمشهور عدم قبول شهادتهما فيما له الولاية عليه بل في الرياض انها شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً كماهو ظاهر جماعة فانهما خصمان ولصحيح محمد ابن يحيى : كتب محمدبن الحسن يعنى الصفار الى أبي محمد عليه السلام هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل ؟ فوقع : اذا

---

(١) ص٢٧٢ ج١٨ الوسائل.

(٢) ص٢٧٣ ج١٨.

(٣) ص٦٧ ج٤١ .

شهد معه آخر عدل فعلى المدعــي اليمين...[١] فانها ظاهرة في عدم الاعتداء بشهادة الوصي والا فلاحاجة الى ضم اليمين الى شهادة رجل آخر فالمتحصل من الرواية انّ شهادة الوصي ساقطة وانما يثبت حق الميت بشاهد ويمين كما قاله الاستاذ .

أقول : الظاهر دلالة الرواية على قبول شهادة الوصي مـع غيره وأما اعتبار اليمين فلعله لاقائل به من الاصحاب ، وليس معنى الرواية ماذكره الاستاذ والا لمنـع من شهادة الوصي حتى على ما لايرتبط بالوصية عملا باطلاق الصحيحة وهو كماترى .

هــذا مع قصر النظر الى صدر الرواية المذكورة وأمـا بالنسبة الى ذيلها فاستدلال الاستاذ بالصحيحة باطل جزماً بل وعلى عكس مدلولها الصريح في قبول شهادة الوصي واليك بقية الرواية : وكتب أيجوز للوصي أن يشهد لوارث الميت صغيراً أو كبيراً وهــو القابض للصغير وليس للكبير بقابض فـوقع نعم وينبغي للوصي أن يشهد بالحق ولايكتم الشهادة وكتب أو تقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخــر عدل ؟ فوقـع : نعم من بعد يمين[٢] الرواية نص في جــواز الشهادة حتى للموصي عليه أي فيما يـرجـع الى الوصية وبها يقيد اطلاق مادل على منع شهادة الخصم ان شمل المقام .

وأما الوكيل فان صدق عليه المدعي والخصم عرفاً فلاتقبل شهادتــه والا فلامانع منها أيضاً .

قال صاحب الجواهر[٣]: لاينبغي التأمل في ذلك (أي منع شهادة الوصي والوكيل) مع فرض الاجرة لهما على التصرف في المشهود عليه بــل مطلقاً

(١) (٢) ص٢٧٣ ج١٨ الوسائل.

(٣) ص٦٧ وص٦٨ ج٤١ .

اذا كانا مدعيين .. كالولي الاجباري على المولى عليه ضرورة اندراجهما في قوله (ص) البينة على المدعي .

ثم قال بعد ذكر الصحيحة : ويمكن حملها على قبول شهادة الوصي اذا كان المدعي للميت أحد ورثته ... فليس الوصي حينئذ مدعياً بل الوارث وان كان بعد الثبوت يتعلق بـه حق الوصاية ... ولـو فرض تعدد الاوصياء فادعى أحدهم وشهد الاخرمثلا فيمكن القبول أيضاً وأقوى منه قبول الوكيل مع فرض عدم كونه مباشراً للدعوى ، بل ولاهو وكيل فيها ولكنه وكيله على بيع المال مثلا الذي عليه الدعوى بل ولو فرض تعدد الوكلاء على الدعوى وقام بذلك أحدهم وشهد الاخرون كان القبول أيضاً لايخلو من قوة .

اذاعرفت هذا فنذكر بقية شرايط الشهادة والشهود على أساس هذه المطالب فنقول سابعها عدم الخصومة فلايقبل شهادة الخصم على خصمه وان تقبل لخصمه.

ثامنها عدم صيرورته مدعياً كما اذا كان له نصيب في المشهود عليه أوأراد دفع ضرر عنه .

مسألة ١٥:اذا شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم فانتقل المشهود به اليهما فانه لم يحكم به بلاخلاف يجده بعضهم (ص٢١٩ ج٤١ من الجواهـر) وعن المسالك اتفاق الجميع عليه ولولاه لامكن فيه المناقشة فلاحظ .

مسألة ١٦:لاتمنع القرابة النسبية من قبول الشهادة بلاخلاف ظاهر، وانما المختلف فيه شهادة الولد على والده حيث نقل عن المشهور عدم قبولها والاقوى هو القبول وفاقـاً لبعضهم للاطلاقات وضعف الوجوه المانعـة قـال الله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين (النساء ١٣٥) وكذا تقبل شهادة الزوجة والزوج[1].

(١) لاحظ الروايات الدالـة على هذه المسألة في ص٢٦٩ وص٢٧١ ج١٨ لكن ←

مسألة ١٧ : انما يعتبر الشروط المذكورة حين الاداء لاحين التحمل فلو تحمل الفاقد لبعضها أو معظمها ثم صار جامعاً له صحت شهادته ، على القاعدة مضافاً الى دلالة جملة من الروايات عليه .

مسألة ١٨ : لايبعد قبول شهادة المتبرع بهـا في حقوق الله ، بـل حقوق الناس وان كان المنقول المشهور عدمـه فيها وذلك للاطلاقات وعدم المقيـد المعتبر ، لكن الأحوط عدم الاكتفاء بالمتبرع بها في حقوق الناس واعادتها بعد مطالبة الحاكم أو المشهود له أو المشهود عليه لدعوى الاجماع عليه .

مسألة ١٩ : قيـل لاتقبل شهادة الوصي والـوكيل بجرح شهود المدعي على الموصى والموكل ضرورة كون الجارح في الجميع هو المدعي عليه ، وقيل لاتقبل شهادة الوارث على ان فلاناً جرح مورثه فانه يثبت الدية لنفسه أو القصاص ان شهد بعد الموت أو قبله والجراح لم تندمل مع احتمال السريان عادة أو نص الشاهد باحتمال السريان وان لم يسر ولم يستوعب الدين تركته التي منها الدية ان قلنا بتعلق حق الديان بأعيانها (ص٦٩ ج٤١ الجواهر) .

مسألة ٢٠ : المنقول عن المشهور عدم قبول شهادة بعض الـرفقاء لبعض على القاطع عليهم الطريق لغير محمد بن الصلت المنجبر بالشهرة وللتهمة بتحقق مقتضى العدواة الدنيوية وقيل بالقبول .

مسألة ٢١ : اذا سمع الاقرار أو سمع اثنين يوقعان عقداً مثلا أو شاهـد الغصب صار شاهداً وان نهاه المشهود له عن الشهادة ، وهل يجب عليه الشهادة مطلقاً أو في خصوص فرض الشهاده من قبل المشهود له والمشهود عليه كما

←الاحوط فى قبول شهادة الزوجة ضم شهادة غيرها فلايثبت بشهادتها وحدها لزوجها فى الوصية ربعها خلافاً للسيد الاستاذ .

قيل ذكرنافي حدودالشريعة في محرماتها تفصيل الموضوع[١].

ولصاحب الجواهر تفصيل آخر حيث قال بعد نقل الروايات المفصلة : ولعل الفرق حينئذ بين من أشهد ومن لم يشهد الوجوب على الاول الا أن يعلم قيام الغير على حسب غيره من الواجب الكفائي الذي قد يكون عيناً بالعرض وعدم الوجوب أصلا على الثاني الا أن يعلم ظلم المشهود عليه للمشهود له بانكار حقه مثلا [٢].

واليك موثقة ابن مسلم عن الباقر عليه‌السلام : اذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار ان شاء شهد وان شاء سكت الا اذا علم من الظالم فيشهد ولا يحل له الا أن يشهد[٣].

والاحوط وجوب الشهادة مطلقاً عملا باطلاق الايات الكريمة .

عاشرها العلم ولايكفي الظن والاحتمال لصحة الشهادة وجوازها لانها أخبار عن ثبوت شيء وهو غير جائز بغير علم كما ذكرنا في (حدود الشريعة في محرماتها في « الجزء الثاني ») بل ظاهر غير واحد ان العلم مأخوذ في مفهوم الشهادة فلايترتب على الشهادة غير العلمية آثارها .

يقول الراغب في مفرداته الشهود والشهادة الحضور مع المشاهدة أما بالبصر أو بالبصيرة...والشهادة قول صادر عن علم حصل بمشاهدة بصيرة أو بصر .

وفي الجواهر : كما ان من المعلوم عندهم خروج الشهادة عن المعنى اللغوي الذي هو بمعنى الحضور اذ قد عرفت تعريفهم لهما بالاخبار الجازم، بل الظاهر عدم اعتبار كون العلم بالحواس الخمس فيها ضرورة صدق العلم

---

(١) لاحظ مادة الاباء في أول الجزء الاول ومادة الكتمان في الجزء الثاني منه .

(٢) ص١٣١ ج٤١ .

(٣) ص٢٣٢ ج ١٨ الوسائل .

المعتبر فيها مع الحاصل منها ومن غيرها لكن عن كشف اللثام بعد الميل الى كفاية مطلق العلم: الا ان ظاهر كلمة الاصحاب الاطباق على الحكم المذكور (اعتبار المشاهدة والسمع) فان تم حجة والا فالرجوع الى العموم أولى .

يقول السيد الاستاذ في دعم هـذا القول : والعالم بثبوت شيء وان كان يجوز له الاخبار عنه الا انه لايكفي في الشهادة وترتب أثرها عليه، لان الشهود بمعنى الحضور ومنه المشاهدة وليس كل عالم شاهداً .

أقول استعملت الشهادة في القرآن بمعنى الحضور وبمعنى الاخبار عن شيء وهذا مما لاينبغي الشك فيه اصلا وان قيل باستعمالها في معان اخر أيضاً ، ولم يعلم اعتبار العلم فيه فضلا عن اعتبار كونه عن حس ، وانما قلنا باعتبار مطلق العلم فيها بدليل خارجي دلّ على حرمة مطلق الاخبار بغير علم وان لم يكن شهادة .

وبالجملة ماافاده السيد الاستاذ ضعيف لانعتمد عليه وفاقا لصاحب الجواهر قده ويؤيده أو يدل عليه عدم صدق الشهادة على شهادتنا بالوحدانية والرسالة مثلا اذا اعتبر فيهـا الحس مع ان كونها شهادة حقيقة غير خفية على أحـد . والاعتذار عنه بتنزيل المشهود به المذكور منزلة المحسوس غير مقبول .

ثم انه لو شك في اعتبار العلم عن حس فيها لوجب رجوع الشاهد الى اطلاق مادل على وجوب تحمل الشهادة وأدائها والحاكم الى لزوم العمل بشهادة البينة هذا اذا احرز مفهوم الشهادة بحيث رجع الشك في أمر زايد على اصل مفهومهـا ، واما اذا لم يحرز صدق مفهومهـا في فرض عدم كونها عن حس فيرجع الشاهد الى البرائة عن وجوب تحمل الشهادة غير الحسية وادائها والحاكم الى اصالة عدم ثبوت المشهود به فتأمل والله العالم .

مسألة٢٢: هل تقوم الامارات وبعض الاصول مقام العلم في جواز الشهادة

ونفوذها كما تقوم في جواز الاخبار في غير مقام الشهادة والترافع بلا اشكال فيه خلاف نقل عن المشهور عدم جواز الشهادة على الملكية الواقعية مستندة الى اليد فضلا الى الاستصحاب[١] ولعله لاعتبار العلم عن حسن في الموضوع. واستدل المجوز برواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام فانها واضحة الدلالة على صحتها مستندة الى اليد ومناقشة سيدنا الاستاذ فيها تبعا لغيره ضعيفة لكن الرواية من ناحية سندها غير قابلة للاستدلال خلافاً للاستاذ دام ظله[٢].

لكن قيام الامارات المعتبرة مقام القطع الطريقي لايحتاج الى دليل خاص كما تقرر في الاصول فلعل المشهور فهموا مدخلية العلم في الموضوع وان شئت فقل ان القطع موضوعي ليس طريقياً لكنه ان ثبت لاينبغي الاشكال في كونه بنحو الكاشفية دون الصفتية الا ان تمنع خصوصية الحس عن قيامها مقامه وبالجملة الاحوط عدم جواز الشهادة بالملكية الواقعية مستندة الى اليد .

نعم يجوز بالملكية ظاهراً وباليد وبالملكية السابقة وعدم العلم بمايزيلها لابالملكية الفعلية استناداً الى الاستصحاب[٣].

مسألة ٢٣ المراد بالعلم المعتبر في الشهادة هو الاطمينان وسكون النفس فانه علم عند العرف ، ولادليل على اعتبار العلم الفلسفي الذي يناقض الاحتمال

(١) ص ١١٣ ج١ مباني تكلمة المنهاج لكن يظهر من الجواهر ص ١٤٠ ج٤١ ان المشهور جوازها فتأمل فيها .

(٢) ص٢١٥ ج١٨ الوسائل وفي السند القاسم سواء كان بن يحيى أومحمد فانه مجهول ووقوعه في اسناد كامل الزيارات لايدل على حسنه بوجه . وللمحقق في الشرايع اشكال آخر على الرواية دفعه صاحب الجواهر ص١٤٣ ج٤١ .

(٣) لمعاوية بن وهب روايتان تدل أحديهما على جواز الشهادة استناداً الى الاستصحاب وآخريهما على جوازها بما هو علم الشاهد الظاهر منه عدمها اعتماداً على الاستصحاب فتأمل ولاحظ ص٢٤٦ ج١٨ الوسائل .

الضعيف غير المعتناء به فانت اذا تجلس تحت قبة سالمة تطمئن ببقائها ، عالم بسلامتها ودوامها فان احتمال العدم عندك ضعيف بحيث لاتعتنى به وتجعله كالعدم واعتبار العلم الفلسفي في شيء محتاج الى بيان خاص غير العمومات كان يقال: لاتشهدن بشهادة حتى تعرفها كما تعرف كفك أو يقال : على مثل الشمس فاشهدو نحو ذلك والفرض عدم ورود امثال هذين القولين بطريق معتبر .

وبالجملة المعتبر في الشهادة تكليفاًووضعاً هو الاطمينان التام بالمشهود به وان لم يكن عن سمع وبصر وحس بل عن استفاضة واشتهار بين الناس كما في الانساب والمناكح والموت والملك المطلق وغيرها .

وعلى هذا جرت سيرة العقلاء وعمل العرف في جميع البلاد وأهل الاديان وليس في الشريعة الاسلامية حتى خبر واحد معتبر مايمنع عن ذلك .

وعلمائنا القائلون باعتبار العلم القطعي الحسى أومطلقه تنزلوا في مثل النسب والموت والملك المطلق(١) والنكاح وغيرها على اختلاف لهم في خصوصيات الموارد والمسايل فذهبوا الى جواز استناد الشهادة على احد تلك الامور الى الاستفاضة وأخبار جماعة وقيل بثبوت هذه الامور وترتيب اثارها عليها وصحة القضاء بالاستفاضة لكنه لايجوز الشهادة بها ـ في غير النسب ـ استناداً الى الاستفاضة لاعتبار الشهود والحس فيها بل لابد من الشهادة بالاستفاضة .

ثم هنا اختلاف آخر بينهم فقيل بحجية الاستفاضة اذا افادت ظناً وقيل اذا افادت علماًيقينيا وقيل اذا افادت علماً عادياً .

وقد عرفت الاحق بالاتباع وكفاية الاطمينان والعلم العادى لجواز اجراء الاحكام والشهادة والقضاء وانه لادليل على كفاية الظن واعتبار القطع الفلسفي.

نعم لابد ان يحصل الاطمينان من طريق مقبول عند العقلاء فلا عبرة به اذا

---

(١) واما البيع والهبة ونحوهما فلايثبت بالاستفاضة لامكان ثبوتها بالعلم كما قيل.

حصل من قول واحد ومن بعض امور حدسية بعيدة مثلا ولا عيب في هذا القول سوى عدم ذهاب الفقهاء اليه عند من لايجيز مخالفة المشهور ... والله العالم.

مسألة ٢٤: قيل لا اشكال ولا خلاف في ان التصرف بالبناء والهدم والاجارة ونحو ذلك بغير منازع ينازعه فيه يشهد له بالملك المطلق اذا كان مع الاستفاضة بل المشهور ذلك وان لم يكن معه استفاضة بل ادعى عليه الاجماع وانه لاريب فيه.

أقول: أما مع الاستفاضة المفيدة للاطمينان فلامانع منه على المشهور وأما بدونها فلا دليل على جواز الشهادة بها وان افاد الاطمينان بمذاقهم على انها فيه اشكالا نبه عليه في الجواهر (١) والله العالم.

مسألة ٢٥: اذا مات الشاهد أوجن أواغمى عليه بعد الشهادة صح للحاكم ان يحكم بشهادته بلاخلاف ـ كما قيل ـ لاصالة صحتها وكذا اذا شهد ثم زكى بعد الموت وغيره، وأما اذا فسق ولو بالكفر قبل الحكم فان أوجب ذلك شكا في العدالة السابقة كما اذا ثبت عدالته باطمينان القاضي فشك بفسقه هذا في عدالته السابقة فلاينبغي الاشكال في بطلان الشهادة، وأما اذا ثبتت عدالته بالبينة مثلا فالظاهر قبول الشهادة مطلقاً لان الثابت بالدليل تحقق العدالة حين الاداء دون بقائها الى حكم الحاكم هذا بحسب القاعدة.

وأما بحسب الفتوى ففي قبول مثل هذه الشهادة في حقوق الناس اختلاف فقيل بالقبول قيل بالرد ولعل القائل به أكثر وأما في حقوق الله فادعى الاتفاق على عدم القبول وعلى عدم حكم الحاكم به لدرء الحدود بالشبهات.

أقول: لاشبهة في البين كما عرفت فان تم اجماع تعبدي فهو.

مسألة ٢٦: لايثبت الزنا والسحق واللواط بشهادة رجلين عدلين. بل لابد

---

(١) يقدم شهادة الملك على شهادة التصرف على ما مر في كتاب القضاء واذا شهد بالملك المطلق استناد الى التصرف تعارضت البينتان فهذا تدليس يجب اجتنابه عند وقوعه. هذا ملخص اشكاله وهو موجه.

من شهادة أربعة رجال لصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام حد الرجم ان يشهد أربع انهم رأه يدخل ويخرج [١] ولموثقة أبي بصير عن الصادق عليه السلام لايرجم الرجل والمرأة حتى يشهد عليها أربعة شهداء على الجماع والايلاج والادخال كالميل في المكحلة [٢] .

وفي موثقة عمار عن الصادق عليه السلام في رجل يشهد عليه ثلاثة رجال انه قد زنى بفلانة ويشهد الرابع انه لايدري ممن زنى ؟ قال : لايجلد ولايرجم [٣] ومثله في عدم ثبوت الحد والجلد صحيح محمد بن قيس[٤] الاتى وقريب منها غيرها من الصحاح وبعضها يشمل اللواط في الجملة أيضاً .

قال الله تعالى : والتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فان شهدوا فامسكوهن في البيوت حتى يتوفهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا (النساء ١٥) والاية باطلاقها يشمل الزنا والسحق، وقال الله تعالى: والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء (النور ٤) وقال الله تعالى : ولولا جاؤوا عليه بأربعة شهداء (النور ١٣) .

ثم بين الله تعالى حكم اللواط بعد بيان حكم الزنا والسحق في آية النساء ولم يبين طريق ثبوته فلعله لوحدة طريقه وطريقهما .

وعلى الجملة يلحق اللواط بالزنا في ذلك بلاخلاف عند الاصحاب، بل ادعى عليه الاجماع ويمكن ان يستدل له بصحيح محمد بن قيس عن الباقر عن أمير المؤمنين عليهما السلام : لايجلد رجل ولاامرأة حتى يشهد عليهما أربعة شهود على

---

(١) (٢) ص٣٧١ ج١٨ ولعل كلمة أربع اشتباه، والصحيح أربعة .
(٣) ص٣٧٢ المصدر .
(٤) ص ٣٧٣ المصدر.

الايلاج والاخراج ... [١] قال اطلاقه يشمل اللواط أيضاً .

فاذا توقف الحد على الاربعة توقف القتل عليها بالاولوية .

مسألة ٢٧: يثبت الرجم بشهادة ثلاثة رجال وامراتين أيضاً لصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام قال سألته عن شهادة النساء في الرجم فقال : اذا كان ثلاثة رجال والمرئتان واذا كان رجلان وأربعة نسوة لم تجز في الرجم [٢].

وصحيح بن سنان عنه عليه السلام: لاتجوز شهادة النساء في رؤية الهلال ولايجوز في الرجم شهادة رجلين وأربع نسوة، ويجوز في ذلك ثلاثة رجال وأمرئتان [٣] وهما كما ترى غير مختصين بالزنا بل وردا في الرجم مطلقاً فاذا رجم في اللواط وغيره ثبت شهادة ثلاثة رجال وأمراتين . لكن في صحيح محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام : اذا شهد ثلاثة رجال وأمرأتان لم يجز في الرجم ولاتجوز شهادة النساء في القتل [٤] وعن الشيخ حملها على التقية وعلى كل يظهر من الشهيد الثاني في اللمعة المفروغية من عدم ثبوت السحق واللواط بثلاثة رجال والمرأتين.

نعم يثبت حد الزنا برجلين وأربع نسوة لقول الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي: وان شهد عليه رجلان وأربع نسوة فلاتجوز شهادتهم ولايرجم ولكن يضرب حد الزاني [٥] وقيل ان هذا هو مختار المشهور خلافاً لجمع حيث لم يثبتوا الحد بذلك أيضاً .

مسألة ٢٨: لازم قول الرسول الاكرم صلى الله عليه وآله : انما اقضى بينكم بالبينات

---

(١) ص٣٧٣ ج١٨ الوسائل

(٢) ص ٢٥٨ المصدر .

(٣) ٢٦٠ المصدر .

(٤) ص ٢٦٤ المصدر .

(٥) ص٤٠١ المصدر .

والايمان ثبوت جميع الاشياء بالبينة والا لم يصح قضاء النبي الاعظم ﷺ بها عند التنازع والترافع فهذا يفيد عموم حجية البينة .

لكن الصحيح تها ثبوت كل شيء متنازع فيه في مقام القضاء وفصل النزاع وحسم الاختلاف لامطلقاً ولو في غير فرض الاختلاف لاحتمال تسهيل الامر في باب حل الاختلافات وفصل المرافعات، ويدل عليه حجية الايمان في باب القضاء فانها غير مثبتة لشيء في غيرمورد النزاع والتحاكم فلا يثبت كرية ماء بيمين ثقة أوعدل واحد مثلا .

لكن الناظر في الروايات الواردة في البينة ربما يطمئن بحجية البينة في كل الموارد وعدم اختصاصها بمورد دون مورد كما ان المفهوم منها كفاية الاثنين لاأزيد منها .

والمتيقن من البينة ولو بملاحظة سائر الروايات الرجلان العادلان دون النساء والايمان والمتحصل حجية شهادة الرجلين العدلين في تمام الفقه الا فيماثبت اعتبار أزيد منهما كمافي الرجم والحدّ .

مسألة ٢٩ : المستفاد من بعض الروايات عدم اعتبار شهادة النساء في غير العذرة والنفساء كصحيح العلاء ومضمرتي بن مسلم(١) ففي احديهما لاتجوز شهادة النساء في الهلال ولافي الطلاق وقال: سألته عن النساء تجوز شهادتهن؟ قال في العذرة والنفساء ففي غيرهما لاتعتبر شهادتهن الاّ اذا مادلّ الدليل عليه بخصوصه مثل مايلي من الموارد .

(الاول) الدية ففي صحيح جميل وغيره عن الصادق عليه السلام قلنا أتجوز شهادة النساء في الحدود؟ فقال القتل وحده، ان علياً عليه السلام كان يقول : لايبطل دم امرء مسلم(٢) وفي صحيح محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام: قضى أميرالمؤمنين

(١) ص٢٦٢ وص٢٦١ ج١٨ .
(٢) ص٢٥٨ .

عليه السلام في غلام شهدت عليه امرأة انه دفع غلاماً في بئر فقتله فاجاز شهادة المرأة بحساب شهادة المرأة [١] .

لكن في صحيح ربعي عنه عليه السلام: لاتجوز شهادة النساء في القتل[٢] ومثله صحيح محمد بن مسلم [٣] .

أقول: الجمع بين الروايات يقتضي قبولها في الدية دون القود وقد نقله المسالك عن جمع كثير .

وقد دلّ على الأخير صحيح غياث وفي السند محمدبن خالد البرقي - عن الصادق عليه السلام عن أبيه عن أميرالمؤمنين عليهم السلام لاتجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القود .

ثم ان الدية كالوصية والميراث يثبت بشهادة كل واحدة منهن ربعها ونقل عن المشهور عدم قبوله في الدية لكن صحيح محمد بن قيس يدل عليه[٤] وأما في الوصية وميراث المستهل فالظاهر انه لا خلاف فيه . يقول السيد الأستاذ: ولافرق بينماكانت الدية ثابتة بالاصالة كمافي القتل الخطائي و... ومالم تكن ثابتة بالاصالة كما في القتل العمدي وذلك فانه اذا ثبت القتل بشهادة النساء لانه لايبطل دم امرىء مسلم ولم يجزء القود ثبتت الدية لا محالة. (فتأمل فيه)

---

(١) (٢) ص٢٦٣ ج١٨ الوسائل .

(٣) ص٢٦٤ .

(٤) فى الجواهر ص١٧٤ ج٤١ : بعد نقله عن الكافى والغنية والاصباح: لخبرى ابنى قيس والحكم المتقدمين سابقاً اللذين لم يجمعهما شرايط الحجية.. لكن لم نعلم مراده من شرايط الحجية ! فهو قد يقبل الضعاف وقد يرد الصحاح كمافى المقام، والظاهر انه لا ضابط له فى رد الاسناد وقبولها ، بل ينظر الى الشهرة أو الاطمينان الشخصى فى كل مورد .

وفي المسالك: ان محل الاشكال شهادتهـن منضمات الى الرجال ، أمـا على الانفراد فلاتقبل شهادتهن قطعاً وشذ قول أبيالصلاح بقبول شهادة امرأتين في نصف دية النفس والعضو والجراح والمرأة الواحدة فى الربع .

وفي الجواهـر ص١٦٥ ج٤١: وهو كذلك اذا كان المراد بالانفراد حتى عن اليمين امـّا معه فالظاهر قبول المرأتيـن في مايوجب الديـّة كالرجل مـع اليمين .

(الثاني) النكاح، ففي صحيح داود بن الحصين انه سأل الصادق عليه السلام عن شهادة النساء في النكاح بلارجل معهن اذا كانت المرأة منكرة فقال لابأس به[١] ولاجلـه يحمل صحيح الحلبي على الاكمل حيث قيـّد جواز شهادتهـن في النكاح بما اذا كان معهـن رجل[٢] لكن عن جمع بل نسب الى المشهور عدم الاعتبار بها فيه مطلقاً وعن جماعة كثيرة من القدماء قبول شهادتهن مع الرجال ولاقائل بقبولها بلارجال. وقيل انرواية داود شاذة مهجورة فان تم هذا نعتمد على صحيح الحلبي .

(الثالث) الوصية، ففي الصحيح: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام فى وصيـة لم يشهدها الا امرأة فقضى ان تجاز شهادة المرأة فى ربع الوصية[٣] وهذا مما لا خلاف فيه كماقيل ويدل عليه روايات اخر لكن في صحيح بنبزيع عنالرضا عليه السلام عدمجواز شهادتهن فيها[٤] فيحمل على ضرب من الكراهة أوعلى التقية .

---

(١) ص٢٦٥ ج١٨ الوسائل.
(٢) ص٢٥٨ .
(٣) ص٢٦١ .
(٤) ص٢٦٦ وص٢٦٧ .

(الرابع والخامس) الميراث والولادة ففي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: وسألته عن شهادة القابلة في الولادة قال تجوز شهادة الواحدة ص٢٥٨ وص٢٦٨ ج١٨ .

وفي صحيح عمر بن يزيد (على تردد في عمر) عنه عليه السلام . . . فشهدت المرأة التي قبلتها انه استهل وصاح حين وقع الى الارض ثم مات، قال: على الامام أن يجيز شهادتها في ربع ميراث الغلام(١) وقريب منه صحيح بن سنان عنه وفيه: قلت فان كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما في النصف من الميراث (ص٢٦٨ ج١٨) .

وفي صحيح بن سنان عنه عليه السلام وتجوز شهادة القابلة وحدها في المنفوس ص٢٦٠ وفي موثقة سماعة المضمرة: القابلة تجوز شهادتها في الولد على قدر شهادة امرأة واحدة (ص٢٦٣ ج١٨) .

أقول: لايبعد الاكتفاء بصدق القابلة دون عدالتها ومن يعتبر عدالتها فقد بعد عن الحق ولا خصوصية للقابلة في جواز الشهادة بل يجوز شهادة المرأة وان لم تكن قابلة للروايات فشهادة كل واحد يثبت بربع الوصية فان شهدت أربع يثبت تمام المال الموصى به .

مسألة ٣٠ : هل يثبت نصف الوصية والميراث والدية بشهادة رجل واحد كما احتمل وان لم يوجد به قائل أوربعه كما عن بعضهم أو لايثبت به شيء كمافي الجواهر(٢) فيه وجوه .

مسألة ٣١: هل يجوز للمرأة تضعيف المشهود به حتى يصل الحق المعلوم الى صاحبه ولم تكذب في شهادته بان تورى؟ فيه وجهان .

---

(١) ص٢٥٩ ج١٨ الوسائل.

(٢) ص٣٥٣ ج٢٨ وص١٧٤ ج٤١ .

(السادس) الدين ، ففي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اجاز شهادة النساء فى الدين وليس معهن رجل ص٢٦٢ ص٢٦٧ ج١٨ .

وفي صحيح آخر له عنه عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله ان حقه لحق ص١٩٨ ج١٨ .

أقول : ان شهدت أربع نسوة يثبت الحق كله من دون احتياج الى يمين المدعي وان شهدت ثنتان منهن فلابد للمدعي فى اثبات حقه من يمين [1] ولا يوزع الدين أرباعاً على شهادة كل واحدة منهن كما في الدية والميراث والوصية .

(السابع) الامر الدون، ففي موثقة عبيد عن الصادق عليه السلام: تجوز شهادة المرأة في الشيء الذي ليس بكثير فى الامر الدون، ولاتجوز فى الكثير ص٢٦٣ ج١٨ ولاأدري هل به قائل منا أم لا ؟

(الثامن) الصوم ، ففي صحيح داود عنه عليه السلام لاتجوز شهادة النساء في الفطر الا شهادة رجلين عدلين ولا بأس فى الصوم بشهادة النساء ولو امرأة واحدة ص٢٦٢ ج١٨ لكن لابد من حمله على محمل غير مناف للقواعد .

(التاسع) كل مالايجوز للرجال النظر اليه وكل عيب لايراه الرجل لموثقة بن بكير عنه عليه السلام تجوز شهادة النساء في العذرة وكل عيب لايراه الرجل .

ولصحيحة بن سنان عنه عليه السلام وتجوز شهادة النساء وحدهن بلارجال فى كل مالايجوز للرجال النظر اليه ص٢٦٠ ج١٨ .

وقد دلّت روايات كثيرة على جواز شهادتهن في العذرة والنفساء ص٢٥٨

(١) لاحظ ص١٢٨ ج١ مباني تكملة المنهاج فان ظاهرها المنافاة لماذكرنا .

الى ص٢٦٨ ج١٨ .

وفي الجواهر: وضابطه مايعسر اطلاع الرجال عليه غالباً بلاخلاف أجده.

أقول: ويدخل في العموم الرضاع وعيوب النساء. خلافا لما عن الاكثر المدعى عليه الاجماع من المنع فى الرضاع .

مسألة ٣٢: ـ المشهور ـ كما قيل ان كل موضع يقبل فيه شهادة النساء لا يثبت بأقل من أربع قيل ويمكن دعوى القطع به من الكتاب والسنة ان المرأتين تقومان مقام الرجل فى الشهادة، وعن المفيد وابي الصلاح الاكتفاء بالمرأتين فى المورد التاسع لكن فى معتبرة داود السابقة والاتية اجازة أميرالمؤمنين عليه السلام شهادة المرأتين فى النكاح عند الانكار فلاحظ .

مسألة ٣٣: لاريب فى ثبوت الدين بشهادة الرجل والمرأتين لقوله تعالى وان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان (البقرة ٢٨٢) ولبعض الروايات المعتبرة سنداً بل يثبت به كل مايثبت بأربع نسوة بالاولوية اذا فرض تحمل الشهادة على وجه غير محرم فى بعضها فان قيام المرأتين مقام الرجل فى فرض عدم وجوده .

ونسب الى المشهور ثبوت الغصب والوصية اليه والاموال والمعاوضات والرهن بل الوقف والعتق على قول جمع بها ولعل لفهمه من ثبوت هذه الامور بشهادة رجل ويمين المدعي ولايخلو عن شيء وان كان الاحوط المنع لعدم القطع بالاولوية وبالملازمة العرفية وان كانت الثانية مظنونة قوياً. والعمدة ذيل معتبرة داود عن الصادق عليه السلام وهو: وكان أميرالمؤمنين عليه السلام يجيز شهادة المرأتين فى النكاح عندالانكار ولايجيز في الطلاق الا شاهدين عدلين فقلت فانى ذكرالله تعالى: فرجل وامرأتان فقال: ذلك فى الدين اذا لم يكن رجلان فرجل وامرأتان ورجل واحد ويمين المدعي اذا لم تكن امرأتان . . .

فانه يدل على تأخر اليمين عن المرأتيـن ، فاذا قلنا بثبوت حقوق الناس بشهادة الواحد ويمين المدعي لصحيح محمدبن‌مسلـم عن الباقر عليه السلام لو كان الامر الينا أجزنا شهادة الواحداذا علم‌منه‌خبر مع‌يمين‌الخصم فى‌حقوق‌الناس(١)

فلنقل به بشهادةالرجل والامرأتين الا فيمادل الدليل على‌عدمه‌بالخصوص كالطلاق مثلا ويؤيد أويدل عليـه مافي الجواهـر (٢) فى رد اختصاص الادلّة بالدين. لكن قد يدفع بظهور مافي ذيل الأيـة (البقرة ٢٨٢) من الاشهاد على البيع فى ارادة الاشهاد السابـق الذي كان منـه الرجل والمرأتان ، متمماً بعدم القول بالفصل .

فالاظهر ـ انشاء الله ـ ثبوت مطلق حقوق الناس بشهادةالرجل والمرأتين الا فيما دل الدليل على عدم ثبوته بها كالطلاق(٣) والقصاص. والاحوط‌المؤكد الاقتصار بها في الدين فقط .

نقل و تأكيد :

قال في الشرايع : ومنها مايثبت بشاهدين وبشاهد وامرأتين‌وبشاهدويمين وهو الديون والاموال كالقرض والقراض والغصب وعقود المعاوضات كالبيـع والصرف . والسلم والصلح والاجارة والمساقاة والرهن والوصية له والجناية التي توجب الدية (وفي الجواهر) كالخطأ وشبه العمدوقتل الحر العبد، والاب الولد والمسلم الذمي والصبي والمجنون وغيرهما والمأمومة والجائفة وكسر العظام وغير ذلك مما كان متعلق الدعوى فيه مالا أومقصوداً منه المال فانذلك

---

(١) ص١٩٥ وص١٩٦ ج١٨ .

(٢) ص١٦٧ ج٤١ .

(٣) لاحظ ص٢٥٨ و ص٢٦٢ ج١٨ من الوسايل

هو الضابط عندهم لهذا القسم [١].

أقول عرفت انه لابعد في اثبات مطلق حقوق الناس بها وان لم يكن المقصود مالا وهذا هو مختار صاحب الجواهر أيضاً .

مسألة ٣٤ ـ الاظهر ثبوت حقوق الناس بشهادة المرأتين ويمين المدعى لحسنة منصور بن حازم ـ بطريق الصدوق ـ عن الكاظم عليه السلام : اذا شهد لطالب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز [٢].

وفي الجواهر بعد عبارته المتقدمة : بل الظاهر ثبوت ذلك كله بهما مع اليمين وفاقاً للمشهور شهرة عظيمة بل عن الشيخ في الخلاف الاجماع عليه ونقل عن جمع العدم ومنهم سيدنا الاستاذ حيث انكر ثبوت مطلق الاموال بهما للمناقشة في صداقة محمد بن علي بن ماجيلويه الواقع في طريق الصدوق الى منصور بن حازم لكنها ضعيفة فانه حسن على الاقل لكثرة ترحم الصدوق عليه وتمام البحث فيه في الرجال . نعم يحتمل انصراف طالب الحق الى طالب الدين فالاحوط الاقتصار عليه .

مسألة ٣٥ ـ لايعتبر الاشهاد في شيء من العقود والايقاعات عندنا لعدم دليل عليه [٣] الا في الطلاق والظهار للروايات ولاخلاف فيه أيضاً كما قيل ، وعن المشهور استحبابه في الدين والبيع للاية الشريفة بعد قيام السيرة القطعية بل الضرورة على جوازهما بغير الاشهاد ، وناقش فيه بعضهم بدعوى ان الامر في الاية ارشادي وليس امراً مولوياً .

---

(١) ص١٦٥ ج٤١ من الجواهر

(٢) ص١٩٨ المصدر

(٣) وعن ابن عقيل اعتباره فى النكاح واستدلاله ضعيف، نعم يستحب لرواية داود المشار اليها سابقاً

مسألة ٣٦ : يجب تحمل الشهادة اذا أشهده المشهود له أوالمشهود عليه ويجب ادائها والظاهر عدم وجوب الشهادة من دون اشهاد الا في بعض صور ذكرناه في مادة الكتمان في الجزء الثاني من حدود الشريعة في محرماتها، ويدل على الحكم الايات والروايات ففي صحيح هشام عن الصادق عليه‌السلام في قول الله عزوجل ولايأب الشهداء اذا مادعوا قال قبل الشهادة وقوله : ومن يكتمها فانه أثم قلبه قال بعد الشهادة [1].

وظاهر الادلة كون الوجوب عينياً لكن الاكثر على كونه كفائياً ولم يظهر وجهه للسيد الاستاذ فالتزم الاول وقال ليس للشاهد أن يكتم شهادته وان علم ان المشهود له يتوصل الى اثبات مدعاه بطريق آخر ، نعم اذا ثبت الحق بطريق شرعي سقط الوجوب لكن الاظهر كونه كفائياً ووجهه غير خفي .

نعم لابأس بكون تحملها عينياً فيجب وان اشهد المشهود له جمعاً قبله لاحتمال الحاجة اليها بمرض أوسفر أوموت بعض الشهود أوللتعارض والترجيح بكثرة الشهود لكن الاستاذ قال بكفاية وجوب التحمل و هذا منه عجيب نعم ناقش صاحب الجواهر في أصل وجوبه وفاقاً للحلي فلاحظ [2].

مسألة ٣٧ : هل يجب الشهادة عند من كان الترافع اليه محرماً ظاهر بعض الكلمات هو الاول ولكن انصراف الادلة عنه قوي ، وأما اذا كان حكمه غير نافذ فالظاهر الوجوب للاطلاق فافهم .

مسألة ٣٨ : اذا طلب المشهود له أكثر من اثنين للشهادة فان كان في شهادة الزايد أثر لاثبات حقه وجب الاجابة والاداء للاطلاق والا لادليل على الوجوب لان الغاية منه اثبات الحق دون السلطة المطلقة للمشهود له على الشهود .

---

(١) ص٢٦٣ ج١ تفسير البرهان و ص٢٢٥ ج١٨ الوسائل

(٢) ص١٨١ ج٤١ من الجواهر

مسألة ٣٩ : اذا نسى المدعي الشاهد وجب الشهادة لاطلاقات الادلة .

مسألة ٤٠ : هل يجب على فاقد شرائط الشهادة التحمل والأداء فيه وجهان والظاهر عدم الوجوب اذا علم برد شهادته فان الشهادة وان كانت لله تعالى لكنها ليست تعبدية بل هي للتوصل الى اثبات الحق جزماً ، وعلى هذا اذا كان في رد شهادته اهانة واذلالا له حرم الاداء وأما اذا حصل الاذلال بالشهادة المقبولة فالظاهر بقاء الوجوب للاطلاق فتدبر .

مسألة ٤١ : اذا كانت الشهادة ضررية سقط وجوبها لنفي الضرر ولاخلاف فيه كما قيل . وكذا اذا كان تحملها أو أدائها حرجياً لقاعدة نفي الحرج .

مسألة ٤٢ : والظاهر عدم وجوب تحمل مؤنة السفر على الشاهد اذا توقفت عليه بل على المدعي فافهم.

مسألة ٤٣ : اذا كان المديون معسراً لامال له ويوجب الشهادة ضرراً عليه كحبسه فالظاهر عدم الجواز، ولعله لاخلاف فيه ، ففي صحيح محمد بن القاسم (وفي السند محمد بن خالد البرقي) عن أبي الحسن عليه السلام قال سألته عن رجل من مواليه عليه دين لرجل مخالف يريد أن يعسر ويحبسه وقد علم (الله) انه ليس عنده ولايقدر عليه وليس لغريمه بينة هل يجوز له أن يحلف له ليدفعه عن نفسه حتى ييسر الله له ؟

وان كان عليه الشهود من مواليك قد عرفوه انه لايقدر هل يجوز أن يشهدوا عليه ؟ قال لايجوز أن يشهدوا عليه ولاينوي ظلمه .

ومنه يظهر لزوم حمل صحيح علي بن سويد[1] على محمل غير مناف لمفروض هذه الرواية .

---

(١) ص ٢٤٩ ج ١٨ الوسائل .

الشهادة على الشهادة

مسألة ٤٤ : قضية اطلاق الروايات الدالة على حجية والشاهدين قبول الشهادة على الشهادة مطلقاً ولاخلاف فيه في الجملة، بل نسب بعضهم الاجماعات المنقولة عليه الى التواتر وأما الروايات الواردة في خصوص المقام فهي ضعيفة سنداً أو لااطلاق لها يشمل جميع الموارد كمعتبرة غياث عن الصادق عليه السلام ان علياً كان لا يجيز شهادة رجل على شهادة رجل الا شهادة رجلين على شهادة رجل[١] .

مسألة ٤٥ : مقتضى الاطلاقات قبول الشهادة على الشهادة على الشهادة وقد قال به بعضهم لكن المشهور المدعي عليه الاجماع عدم القبول ولم يعلم وجهه ولعله للانصراف .

مسألة ٤٦ : لاتقبل الشهادة على الشهادة في الحدود لصحيح غياث عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام لاتجوز شهادة على شهادة في حد ولا كفالة في حد[٢].

وهذا في حقوق الله المحضة موضع وفاق ظاهراً وفي حقوق الله المشتركة كالحد في السرقة والقذف مشهور ومشمول للصحيح المذكور .

وفي الجواهر : يقوى ثبوت غير الحد من الأحكام المترتبة على موضوع الحد كنشر الحرمة بام الموطوء واخته وابنته وبنت العمة والخالة بالزنا بهما وكثبوت المهر للمزني بها المكرهة وغير ذلك ... نعم الظاهر عدم ثبوت التعزير بها فيما يوجبه لاحتمال كون المراد بالحد مايشمله[٣].

وفي محل آخر :ولو باللواط أو بالزنا بالعمة والخالة والبهيمة ثبتت بشهادة

---

(١) ص ٢٩٨ ج١٨ الوسائل (٢) ص٢٩٩ المصدر
(٣) ص١٩٢ وص٢٠٩ ج ٤١ من الجواهر

الشاهدين لاطلاق الادلة وتقبل في ذلك الشهادة على الشهادة للاطلاق أيضاًولا يثبت بها حد ويثبت انتشارحرمة النكاح وكذا التعزير بناءاً على انه من الحدود في وطيء البهيمة ويثبت تحريم الاكل في المأكولة على المقر وفي الاخرى وجوب بيعها عليه في بلد آخر ...

أقول لابأس بماذكر ولامانع من التفكيك بين الحد وغيره من الاحكام فيمكن ضمان السارق دون حده .

مسألة ٤٧ : لاتثبت الشهادة على الشهادة بشهادة رجل وهو واضح ولا بشهادة أربع نسوة على المشهور خلافاً للاسكافي والشيخ[١] ولا بشاهد ويمين أو شاهدتين ويمين فتأمل .

وأما ثبوتها بشهادة رجل وامرأتين فلابأس به ظاهراً ولانظارة لصحيح غياث الى هذه الجهة والا لم تصح شهادة العدلين على شهادة المرأة مع انه لاقائل به ظاهراً .

مسألة ٤٨ : المشهور شهرة عظيمة المدعي عليه الاجماع عدم قبول شهادة الفرع الا عند تعذر حضور شاهد الاصل واستدل له بالاجماع ورواية محمد ابن مسلم[٢] لكن الاول منقول غيرمعتبر والثاني ضعيف سنداً ولذا ذهب الاستاذ تبعاً لكاشف اللثام وغيره الى عدم الاشتراط .

مسألة ٤٩ : اذا أنكر الاصل شهادة الفرع فقيل ان كان بعد حكم الحاكم لايلتفت الى انكار الاصل لان الشهادة قد ثبتت بالبينة الشرعية وكان حكم الحاكم مبنياً عليها فلاتنقض بانكار الاصل شهادته . واذا كان قبله فلايلتفت الى شهادة الفرع نعم اذا كان شاهد الفرع أعدل ففي عدم الالتفات اليه اشكال والاقرب هو

---

(١) لاحظ ص ٢٠٧ ج٤١ من الجواهر وانا متوقف فى المسألة بشقوقها .

(٢) ص ٢٩٧ ج ١٨ الوسائل.

الالتفات وقيل غير ذلك .

والاقرب انه لافرق بين صدور الحكم وعدمه فان كان أحدهما أعدل يقدم قوله والا لاأثر لشهادة الفرع لصحيح عبدالرحمن عن الصادق في رجل شهد على شهادة رجل فجاء الرجل فقال اني لم أشهده قال تجوز شهادة أعدلهما وان كانت عدالتهما واحدة لم تجز شهادته وقريب منه صحيح بن سنان عنه[1] نعم ظاهرهما جواز شهادة واحد لاثبات شهادة الاصل ولابد من علاجه ، وأما اذا لم ينكر الاصل بل ادعى الجهل وعدم التذكر فالظاهر قبول شهادة الفرع .

مسألة ٥٠ : لو تغيرت حال الاصل بفسق أو عداوة للمشهود عليه لم يحكم بالفرع كما لو طرأت عليه قبل الحكم بشهادته لان الحكم مستند الى شهادة الاصل . نعم لو طرء الجنون أو الاغماء لم يؤثر بناءاً على عدم قدح طرو ذلك في شاهد الاصل بعد اقامتها فالمدار حينئذ في ابطال الطاري وعدمه ، على افساد شهادة الاصل بطروه عليه وعدمه بلاخلاف أجده في شيء من ذلك كما قيل[2].

أقول : لافرق بين الفسق والعداوة وبين الجنون والاغماء كما مر في المسألة (٢٥) .

مسألة ٥١ : اذا سمى الفرعان الاصل وعدلاه فهو وان سمياه ولم يعدلاه فالحكم موقوف على ثبوت عدالته عند الحاكم ولو عدلاه ولم يسمياه قيل لا يوجد خلاف بيننا في عدم القبول لان الحاكم قد يعرفهم بالجرح ، ولان ذلك يسد باب الجرح على الخصم . أقول : وفيه بحث واشكال قوي .

نعم لا يحرم الشهادة على شهادة غير العادل كما عن المفيد بل تجوز

---

(١) لاحظ الروايتين في ص ٢٩٩ وص ٣٠٠ ج ١٨ من الوسايل .

(٢) ص ٢٠٦ ج ٤١ من الجواهر .

الشهادة على شهادة المجهول الحال ، وانما لا يجوز للحاكم أن يقبل شهادة غير العادل .

الكلام فى اعتبار التوارد

مسألة ٥٢ : مقتضى اعتبار التعدد في الشاهد توارد شهادة الكل على شيء واحد وهذا ظاهر ، فلاتقبل الشهادة مع الاختلاف في المورد كما اذا شهد أحدهما بالبيع أو الغصب والاخر بالاقرار بالبيع أو بالملك ، أو في الزمان كما اذا شهد أحدهما بالبيع في النهار والاخر في الليل ، أو في المتعلق كما اذا شهد أحدهما بسرقة دينار والاخر بسرقة درهم أو لباس وقس على ذلك غيرها.

وبالجملة ليس للقاضي الحكم بالقدر المشترك بين الشهادتين بعد اختلافهما في القيد المقوم له وان اتفقا على وحدته كما استظهر من كلام الاصحاب في القتل وغيره من الافعال التي لاتقبل التعدد .

مسألة ٥٣ : اذا شهد بسرقة ثوب بعينه لكن قال أحدهما ان قيمته درهم وقال الاخر ان قيمته درهمان ثبتت بشهادتهما والواجب على السارق دفع الاقل اذا لم يحلف المدعي على الاكثر .

واذا اختلفا في الثمن فقال أحدهما انه باع بدرهم والاخر بدرهمين لم يثبت شيء لمامر .

ولو شهد أحدهما باقراره بالعربية والاخر بالانجليزية مثلا فان أطلقا أو وقتا بوقتين قبل وان وقتا بوقت واحد سقطت الشهادتان للتكاذب .

وكذا اذا شهد أحدهما انه أقر عنده بمصر بكذا والاخر انه أقر بطهران بكذا .

مسألة ٥٤ : تثبت الدعوى في الفروض السابقة بيمين المدعي منضمة الى

أحـد الشهادتين في حقوق النـاس ولاتثبت بها اذا كانت في الحـد والهلال ونحوهما . على نحو مر تفصيله .

مسألة ٥٥ : اذا لم توارد البينتين على شيء واحد كما اذا شهدت احديهما على الثوب والاخرى على الراديو ثبت الأمران لعدم التعارض ، وثبت القطع أيضاً ـ في السرقة ـ بـل لاتعارض بينهما حتى اذا فـرض اتحاد العين وأمكن التعدد بسرقتها مرتين في الوقتين بلااشكال ولاخلاف كما قيل .

وأما اذا لم يمكن التعدد قيل سقط القطع للشبهة ولم يسقط الغرم بلاخلاف لثبوت سرقة العين باتفاق البينتين عليه فتأمل .

مسألة ٥٦ : قـال في محكى المستند : يشترط في قبول الشهادة مطابقتها للدعوى فان خالفت الشهادة للدعوى كلا أو بعضاً طرحها كان يدعي عشرة عن البيع وشهدا بعشرة اجرة الدار ولايضر الزيادة والنقصان مالم يخالف ..

واستدل له بعض أهل العصر بعد اختياره بأن ظاهر الادلة الحكم بالدعوى اذا قام على طبقها الشهادة .

أقول البينة حجة شرعية لايشترط في اعتبارها تحقق الدعوى المطابقة لها نعم لايجوز للمشهود له أخذ المشهود به اذا كان عالماً بعدم استحقاقه وهذا أمر آخر سوى الاشتراط المذكور ولذا لايجوز أخذه في فرض الشك وعدم الدعوى.

مسألة ٥٧ : اذا شهد واحـد بالاقرار بألف والاخر بألفين ولـو في وقت واحد يثبت الالف بهما والالف الاخر بانضمام اليمين الى الثاني لعدم التعارض بين المشهود بهمـا وان امتنع التلفظ بلفظين مختلفين في وقت واحد ، فـان الشهادة بألف دينار لاتنفي الزايد فيجوز أن لايكون الشاهد سمع الا ألف دينار أو لم يقطع الا به وتردد في الزايد أو رأى أن لايشهد الا به لمصلحة أو لغير مصلحة بخلاف نحو البيع بدينـار أو بدينارين فـان العقد بدينار ينـافي العقد

بدينارين كما ذكـره في الجواهر تبعاً لفتوى الماتن[١] وخالف فيـه بعض من تأخر عنهما .

مسألة ٥٨ : يجوز للشاهدين في غيرمقام التدليس والكذب واضاعةالحق تصحيح الشهادة على وجـه تكون مثمرة عند الحاكـم فيشهد شاهـدا الغصب والاشتباه على الملك فقط من دون ذكرالسبب وكذا شاهدا البيع والهبةاللازمة.

الكلام في رجوع الشهود كلا أو بعضاً

مسألة ٥٩ : لـو رجـع أحدهما أوكلاهما عن الشهادة قبـل الحكم بطلت لانصراف مادل على حجية الشهادة عن مثلها وللتعارض ولبناء العقلاءعلىعدم حجية مثل هذه الشهادة وقيل لاتقبل شهادة الغالط في تلك الواقعة لو أعادهـا لصحيح محمد بن قيس[٢] عن الباقر عليه السلام : قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيرجل شهد عليه رجلان انـه سرق فقطـع يده حتى اذا كان بعد ذلك جـاء الشاهدان برجل آخر فقالا : هذا السارق وليسالذي قطعت يده وانما اشتبهنا ذلكبهذا فقضى عليهما ان غرمهما نصف الدية ولم يجز شهادتهما على الاخر[٣].

ومقتضى اطلاقه عدم قبول الشهادة في المال المسروق والحد فيعمحقوق الناس وحقوق الله جميعاً ولكن في تخصيص العمومات الدالة على القبول به تأمل بل منعه كاشف اللثام وعلى القول بـه لابد من الاقتصار على مورده وهـو الرجوع بعد نفوذ الحكم على المشهود عليه ولو أعاد الشاهدان شهادتهما بعد الرجوع عنهما قبل حكم الحاكم .

---

(١) ص ٢١٥ ج ٤١.

(٢) بناء على كونه الثقة .

(٣) ص ٢٤٣ ج١٨ من الوسائل.

علل سيدنا الاستاذ عدم قبولها بأنهما بعد الرجوع يشهدان على خلاف ماشهدا به أولا ، حيث ان معنى ابراز الخطأ هـو الشهادة على الخلاف ، وعليه فكما انها تعارض الشهادة الاولى كذلك تعارض الشهادة الثالثة فلاموجب للقبول .

أقول مع التصريح بالاشتباه لامجال للتعارض لبناء العقلاء فيقدم اللاحقة على السابقة الا اذا كثر وتلاحق الاعترافات بـالخطاء بنحو خـرج عن الحد المتعارف عند العقلاء نعم يمكن أن ترد شهادتهما بعد نفوذ الحكم والرجوع فيما اذا ثبت غرامتهما بدعوى انهما منكران وغريمان . وبالجملة المردود هو شهادتهما على استناد المشهود به الى غير المشهود عليه أو لا بعد نفوذ الحكم عليه ان عملنا بالروايـة فلاحظ . ولو كان المشهود به الزنا أو اللواط واعترف الراجع بالتعمد حد للقذف ، بل قيل به حتى اذا قالوا غلطنا لكنه افـراط من القول .

وان رجع بعد الحكـم والاستيفاء وتلف المحكوم بـه لم ينقض الحكم لـوجوه :

فمنها الاجماع بقسميه عليه .

ومنها صحيح جميل عمن أخبره عن أحدهما عليهما السلام : في الشهود اذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل : ضمنوا ماشهدوا به وغرموا ...[1].

ومنها صحيح هشام عن الصادق عليه السلام كان أمير المؤمنين يأخذ بأول الكلام دون آخره .

ومنها مرسل الصدوق عنه صلى الله عليه وآله : من شهد عندنا بشهادة ثم غير ، أخذناه بالاولى وطرحنا الاخرى[2].

---

(١) ص٢٣٨ ج١٨ الوسائل .

(٢) ص ٢٤٣ المصدر .

ومنها استصحاب الصحة .

ومنها اطلاق مادل على صحة مالم يعلم فساده ، فان الرجوع لايدل على فساد الشهادة الاولى اذ يمكن الرجوع كذباً بل هو انكار بعد الاقرار هكذا ذكره صاحب الجواهر(١) لكن الاول منقول والثاني غير حجة ومثله الرابع على ان اطلاقه واطلاق قبله متروك عندهم فلاحظ وأما الثالث ففي الوسائل المطبوعة حديثاً لايأخذ مكان يأخذ فهو على عكس المطلوب ادل (٢) ولم يعلم النسخة الصحيحة على انه لابد من تأويله وحمله على محمل صحيح كالانكار بعد الاقرار .

وأمـا الوجهان الأخيران فـلامسرح لهما بعد تبين بطلان مستند الحكم ، ومثلهما ماذكر الاستاذ من الاستدلال بعدم جواز نقض حكم الحاكم كماتشهد به الروايات الواردة في نفوذ القضاء فانه ممنوع في مثل المقام وعلى المستدل الاثبات وراء هذه الروايات فهذه الوجوه غير تامة .

نعم يمكن الاستدلال للمقـام بصحيحتي جميـل عن الصادق عليه السلام واليك أحدهما في شاهد الزور قال : ان كان الشيء قائماً بعينه رد على صاحبه وان لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل(٣).

وما في الجواهر من أعمية الرجوع من شاهد الزور المراد بـه المعلوم كونه شاهد زور والراجع لو صرح بكونه كذلك لم يعلم انه كذلك اذ يمكن كذبه في ذلك .

ضعيف فان العبرة في الضمان بصدق الاتلاف والمتلف ، والفرض تحققه باقراره لكن الكلام في استلزام صحة الحكم من الضمان المذكور ؟

---

(١) ص٢٢٢ ج ٤١ .

(٢) ص١٥٨ ج ١٨ .

(٣) ص٢٣٨ المصدر .

ولورجع بعد الحكم وقبل الاستيفاءففي حدود الله ينقض الحكم عندالمشهور للشبهة وكذا اذا كان الحد للادمي كحد القذف أومشتركاً كحد السرقةلاشتراك الجميع في السقوط بعروض الشبهة بل لايوجد فيه خلاف كما قيل .

وفي الجواهر : نعم يقوى بقاء حكم التوابع التي لم يثبت بالشرع سقوطها بالشبهة فيحرم اخت الغلام الموطوء وامه وبنته وأكل البهيمةالموطوئة المأكولة،ويجب بيع غيرها في بلدآخر وكذاالحكم في المحكوم بردته اذا رجع الشهود قبل قتله فانه يسقط قتله للشبهة لكن تبقى قسمة ماله واعتداد زوجته .

بل ذهب سيدنا الأستاذ الى بقاء نفوذ الحكم وعدم نقضه ، واستدل بأنه ان اريد بالشبهة ماهو أعم من الواقع والظاهر فلاشبهة في المقام بعد حكم الحاكم وعدم جواز نقضه وان اريد بها الشبهة بالاضافة الى خصوص الواقع وان كان الحكم الظاهري معلوماً فلاوجه لدرء الحدود بها لوجودها في أكثر موارد القضاء على ان درء الحدود بالشبهات لم يثبت برواية معتبرة .

وفي حقوق الناس تردد بعضهم وذهب الى بقاء الحكم بعضهم الاخرحتى في العقوبات كالقتل والجرح فانها لاتدخل في الحدود عرفاً .

أقول : نقض الحكم في الحدود مطابق للقاعدة الاولية لا لدرء الحد بالشبهة فان ماأفاده الاستاذ من الايراد عليه تام .

ثم المنقول عن عامة المتأخرين والقدماء كما استفيد من اطلاق المبسوط انه اذا رجع بعد الحكم وتسليم المال للمحكوم له لاينقض الحكم ولاتستعاد العين وان كانت قائمة ومن جمع انه ترد العين الى صاحبها .

يقول السيد الاستاذ : فكذا الحكم قبل الاستيفاء أوقبل التلف ، وتدل على ذلك بضميمة عدم جواز نقض حكم الحاكم الصحيحتان المقدمتان (صحيحتا جميل) فان مقتضى نفوذ القضاء هنا هو تلف المال من المشهود عليه وان كان

قائماً بعينه عند المشهود له وبماان هذا التلف مستند الى شهادة الشاهدين لاسناد الاتلاف في الصحيحتين الى الشاهد فيحكم بضمانهما .

لكن الاتلاف فيهما بمعنى عدم قيام الشيء بعينه جزماً لا بالمعنى الـذي ذكره فلاحظ الرواية تجده ضعف ماذكره دام ظله .

نعم يشكل أن يجعل صدر الرواية دليلاعلى النقض ورد العين في غير فرض الزور وهو فرض الاشتباه والغلط والشك في صحة الشهادة ، وعلى كل الظاهر عدم الخلاف في مورد الرواية من رد العين أو اغرام المتلف بل وقتل شاهـد الزور قصاصاً .

وخلاصـة الكلام ان بقاء الحكم وآثاره بعد بطلان الشهادة محتاج الى دليـل مفقود ولافرق بين صدور الشهادة عن كذب وزور أو عن اشتباه وسهو ولو باقرار الشهود بل وحتى باظهار شكهم في صحـة شهادتهم كماجرى عليه بناء العقلاء .

وان رجع بعد القتل أو الجرح فان قال تعمدت اقتص منهـم ان امكن ، وان قال اخطأت كان عليه الدية في ماله لانه شبيه عمد [1] وان رجع ولم يعلم عمده وخطائه .

فالاظهر الدية لعدم بطلان دم امرء مسلم. ولولي الدم قتل المقرين بالعمد أجمع ورد الفاضل عن دية صاحبه، وله قتل البعض ويرد الباقون قدر جنايتهم كل ذلك مع انه لاخلاف في شيء منه بل لعل الاجماع بقسميـه عليه لقاعدة قوة السبب على المباشر وعمومات القصاص وماورد من حكم المشتركين في

(١) يحتمل عدم ضمان الشاهد اذا خطأ من دون تعمـد وتقصير لان الشاهد محسن ولا سبيل علـى المحسنين والا لامكن ضمان القاضي ايضاً وهكذا في نظائر المسألة ، الا ان يقال انه محسن بالنسبة الى المشهود له دون المشهود عليه فتأمل .

القتل عمد أوخطأ وخصوص صحيح محمد بن قيس السابق كمافي الجواهر .

ولوشهد بموجب الجلد فجلد ومات منه ثم رجع الشاهد لايقتل بل عليه الدية لانه شبيه العمد وان تعمد الكذب لانه لم يباشر القتل ولا سبب لمايقتل غالباً، ولوصدق السببية في بعض الموارد جرى عليها حكمها .

مسألة ٦٠: مقتضى القاعدة انه اذا رجع الشهود عن الشهادة في الزنا بعد قتل الزاني غرم كل واحد منهم ربع الدية سواء رجع أحدهم أوأكثر ويدل عليه رواية السكوني[١] لكن ظاهر روايتين اخريين اغرام الراجع الواحد تمام الدية[٢] الاان الروايات بأسرها ضعاف خلافاً للسيد الاستاذ .

مسألة ٦١ : تحرم شهادة الزور فانها كذب وافتراء واضرار واغراء وفي صحيح هشام عن الصادق عليه السلام: قال شاهد الزور لاتزول قدماه حتى تجب له النار[٣] .

ومنه يظهر حرمة الشهادة مع الشك والظن لاحتمال الكذب ولا أصل يقتضي نفيه بل الاصل عدم موافقة الكلام للواقع ولا يبعد شمول النص له أيضاً .

وقد تقدم انتفاض حكم الحاكم عند تبين كونها زوراً فان كان عين المال قائمة ترد الى صاحبها والاّ اغرم الشاهد وكذلك المشهود له اذا كان عالماً بالحال فانه غاصب وللشاهد اذا اغرم الرجوع اليه .

واما اذا كان جاهلا ففي استقرار الضمان عليه وجهان ذهب السيد الاستاذ الى ثانيهما فان مقتضى اطلاق قوله عليه السلام في صحيحة بن مسلم: يؤدي من المال

---

(١) ص٢٤٣ ج١٨ من الوسائل .

(٢) ص٢٤٠ المصدر .

(٣) ص٢٣٦ المصدر .

الذي شهد عليه بقدر ماذهب من مالـه (١) انحصار وجوب الأداء بقدر ماذهب من المال على شاهـد الزور دون من تلف المال بيـده حيث انّ الأداء غير الضمان . فتعدد الضمان بتعدد الاشخاص لمال واحد وان امكن ولكـن تعدد الاداء بتعددهم غيرممكن كماأفاده الاستاذ(٢) فتأمل فيه(٣) .

ويجوز للمحدود ضرب الشاهد انتقاماً لامرّ من اقوائية السبب من المباشر بل اذا قتل المشهود عليه قتل الشاهد لانه متلف عامد، ويدل عليه رواية ابراهيم ابن نعيم(٤) .

مسألة ٦٢: اذا انكر الزوج طلاق زوجتـه وشهد شاهدان بطلاقها وحكم الحكم بـه ثم رجعا واظهرا غلطهما ، فان قلنا بانتقاض الحكـم اعتماداً على القاعدة الاوليـة فلاشيء عليهما، وكذا ان لم يكن هناك حكم حاكم، وان قلنا بنفوذ الحكـم ولو من جهـة الشهرة فان كان رجوعهمـا بعد الدخول فلا شيء عليهما أيضاً لان المهر قد استقر على الزوج بالدخول طلق أم لم يطلق وتفويت منفعة البضـع لايوجب الضمان من دون خلاف معتد به كمافي فرض قتل الزوجة أوحبسها أو حبس الزوج.وان كان قبلـه فان قلنا بان نصف المهـر المسمى من جهة الطلاق ضمنـاه للزوج وان قلنا بانه من جهـة العقـد فان نعتمد فى الحكم على الشهـرة أو الاتفاق نغرمهما نصـف المهـر المسمى أيضاً وان نعتمـد على القاعدة فلانغرمهما شيء كما نبّـه عليه بعضهم بل اختاره السيد الاستاذ .

---

(١) ص٢٣٩ ج١٨ الوسائل .

(٢) ص١٥٦ ج١ مبانى تكملة المنهاج .

(٣) اذ يمكن اشعار صحيحـة محمد بن مسلم الاخرى بقولـه ص٢٤٢ المصدر و سيأتى نقلها فى المسألة اللاحقة .

(٤) ص٢٤٠ ج١٨ لكن ابراهيم لم يوثق .

وكذا اذا أكذب نفسهما اذ لايتفاوت الحال به من جهة الغرامة ، نعم عليهما التعزير والتوبة عن المعصية حينئذ. واذا ثبت الزور عند الحاكم فلعله لا خلاف بينهم في انتفاض الحكم من رأس ولا اشكال فيه أيضاً لصحيح جميل السابق .

ويحتمل عدم ضمان الشاهد الغالط لنفي السبيل على المحسنين والشهادة لله احسان فتأمل .

وكذا لايتفاوت الحال اذا تزوجت بآخر بناء على نفوذ الحكم وأما بناء على انتفاضه ورجوعها الى الزوجية الاولى ففي ضمان الشاهدين المهر للثاني لبحث يأتي .

مسألة ٦٣: اذا شهدا على غائب انه طلق زوجته فاعتدت المرأة وتزوجت وأنكر الزوج بعد قدومه الطلاق وأكذب نفسه أحد الشاهدين فلاسبيل للاخير عليها ويؤخذ الصداق من الذي شهد ورجع فيرد على الاخير وتعتد ولايقربها الاول حتى تنقضي عدتها كما في صحيح محمد بن مسلم (١) عن الباقر عليه السلام .

أقول : ان فرضنا للرواية اطلاقاً يشمل صورة حكم الحاكم أيضاً فهي خير دليل على بطلان الحكم ببطلان الشهادة ولو باقرار الشاهد نفسه كما احتملناه حسب القاعدة الاولية(٢) وان فرضناها غيرمطلقة وانها وردت فيقضية في واقعة فالمتيقن منها فرض عدم تحقق القضاء وتزويج المرأة استناداً الى الشهادة دون الحكم .

---

(١) ص٢٤٢ ج١٨ .

(٢) يظهر من صاحب الجواهر المفروغية منصدور حكم القاضي فيمورد الرواية لكنها لاشاهد لها .

ثم الاشكال في اغرام الراجع تمام المهر كماهو ظاهر الرواية، فان مقتضى القاعدة اغرامه بنصفه، نعم مفروض الرواية صورة دخول الثاني بها لوجوب العدة عليها ومع عدمه يستحق الزوج على الشاهد نصف المهر والنصف الاخر على المرأة ان دفعه اليها .

واما اذا لم يدفع المهر اليها فلاشيء على الشاهد منه ومن المرأة اذ لم يقع عقد معتبر تستحق المهر لاجله لكن في صحيح أبي بصير: لها المهر بمااستحل من فرجها للاخير (١) فيغرم الشاهد المهر لها وفي ضمانه بتمامه أو نصفه وجهان من دلالة صحيحة بن مسلم ومن استناد الاستحلال الى كليهما معاً دون الراجع فقط واما اذا كان الاكذاب قبل الدخول فهل تستحق نصف المهر أم لا فيه وجهان وفي كون المراد من المهر في رواية أبي بصير هو مهر المثل أوالمسمى أيضاً وجهان .

وهل انحصار الضمان بالشاهد دون المستوفي مخصوص بمورد الرواية أويمكن التعدي عنه الى جميع الموارد المالية فلايضمن المشهود له اذا كان جاهلا كماتقدم بحثه؟ فيه وجهان أقربهما الاول لعدم ثبوت مقتضي الضمان على الوسطى من الاول اذ ليس كل وطء بموجب للمهر وان كان العقد باطلا واقعاً، فلعل المهر من الاول على الشهود فتأمل . ولايكون الرواية دليلا على سائر الموارد فلابد لها من اقامة دليل آخر فافهم .

واما اذا لم يكذّب الشاهد نفسه بل أظهر غلطه فالحق اغرامه بنصف المهر عملا بالقاعدة واختصاص اغرامه بتمامه بمورد الرواية وهو الاكذاب اذا عملنا بها .

وكذا اذا أكذبا معا نفسهما أو تبيّن كذبهما ففي صحيح أبي بصير عن

(١) ص٢٤٢ ج١٨ الوسائل

الصادق عليه السلام فى امرأة شهد عندها شاهدان بان زوجها مات فتزوّجت ثم جاء زوجها الاول قال: لها المهر بمااستحل من فرجها الأخير ويضرب الشاهدان الحدّ ويضمنان المهر لها عن الرجل (بما غرا الرجل) ثم تعتد وترجع الى زوجها الاول(١) .

والرواية ظاهر فى كون الشهادة عن زور، نعم ربما يستبعد ثبوت الحدّ الثابت في الزاني والزانية نفسهما فى السبب لكنه استبعاد (٢) وعليها تحمل صحيحة ابراهيم(٣) .

وان كان ظاهرها بطلان الشهادة بمجرد انكار الزوج الطلاق لكنه لايمكن الالتزام به فلابد من حمله على رجوع احد الشاهدين أو كليهما أواثبات كذبهما من الخارج فلاحظ .

مسألة ٦٤: شهود الزوريجلدون حداً وليس له وقت (عدد معين) ذلك الى الامام ويطاف بهم حتىيعرفوا ولايعودوا ويعرف توبتهم بان يكذبوا انفسهم على رؤوس الاشهاد حيث يضربون ويستغفرون ربهم وللامام ان يحبسهم أياماً ثم يخلى سبيلهم كما في الروايات (٤) ويمكن التشهير بالجرايد والتلفزيون مكان الطواف .

مسألة ٦٥: قيل لااشكال ولاخلاف ظاهراً في أنه اذا رجع الشاهد بعدحكم الحاكم بثبوت حق مالى ضمن نصفه وان رجعا ضمنا تمامه واذاكان ثبوت الحق بشهادة رجل وامرأتين فرجع الرجل ضمن نصفه وان رجعت احديهما ضمنت

---

(١) ص٢٤٢ المصدر .

(٢) على انه يمكن حمل الحد على التعزير بقرينة مايأتى فى المسألة الاتيةفلاحظ .

(٣) ص٢٤١ المصدر .

(٤) ص٢٤٤ المصدر .

ربعه وان رجعتا معاً ضمنتا تمام النصف، واذاكان بثبوته بشهادة أربع نسوة فان رجعن كلهن ضمنت كل واحدة منهن الربع وان رجعت بعضهن فبالنسبة .

أقول: هذا مع فرض بقاء الحكم بعد الرجوع أوعدم امكان استرداد العين من الاخذ وعدم ضمانه بالمثل والقيمة في فرض الجهل .

واذا كان ثبوته بالشاهد واليمين فرجع الشاهد يضمن نصفه واذا اكذب الحالف نفسه اختص بالضمان سواء ارجع الشاهد عن شهادته أم لم يرجع لاقراره ، ولكن اذا لم يتمكن المالك من استرداد حقه منه جاز له الرجوع على الشاهد بالنصف اذا رجع لما مر ومر احتمال العدم في فرض السهو .

مسألة ٦٦: اذا كان الشهود أكثر مما تثبت به الدعوى كما اذا شهد خمسة فرجع الزايد بعد الاستيفاء ففي ضمانه وعدمه احتمالات .

أولها الضمان بمقدار شهادته ففي الفرض يضمن الراجع الواحد خمس المشهود به مثلا اختاره صاحب الجواهر تبعاً للشيخ ويحيى بن سعيد فاذا شهد بالزنا ستة ورجع اثنان بعد القتل معترفين بالتعمد فعليهما القصاص بعد رد ثلثي الدية عليهما ولو قالا أخطأنا فعليهما ثلث الدية وهكذا .

ثانيها عدم الضمان للاستغناء عن الزايد في الحكم الا ان يكون مرجحاً بكثرة الشهود في صورة التعارض على مامر. يقول المحقق في الشرايع في وجه هذا الاحتمال ولايضمن الشاهد مايحكم به بشهادة غيره للمشهود له واختاره سيدنا الاستاذ دام ظله معللا بأن الاتلاف لايستند الى الراجع لفرض ان شهادته وعدمها بالاضافة الى حكم القاضي سيان ومودى الكل واحد .

نعم اذا شهد الثلاثة فرجع الشاهد ان منهم فيضمن الراجعان النصف عند الاستاذ لان الحكم مستند الى شهادة الثالث الباقي بضميمة شهادة احد الراجعين من دون تعيين فيستند الاتلاف الى شهادتهما وحيث لامرجح في البين فلامحالة

يضمنان النصف معاً وبذلك يظهر حكم رجوع كلهم عن الشهادة .

أقول : مقتضى كلامه دام ظله ضمان الثالث بالنصف اذا رجع بعد رجوع الاولين وبالثلث اذا رجع حين رجوعها ، ولا ادري هل يلتزم به أملا فتأمل .

ثالثها ضمان من يشهد أولا وثانياً مثلا وعدم ضمان من شهد بعد تكميل النصاب لوجوب الحكم على الحاكم بعد شهادة العدد المعتبر سواء شهد اخر أم لم يشهد، وهذا انما يتصور في الشهادات الطولية دون الدفعية، وهذا الاحتمال لم يذكره احد على ما اعلم والله اعلم .

ولو كان عشرة نسوة مع رجل فيما لايثبت بالنساء منفردات فرجع الرجل فعلى الاول يضمن بالسدس وعلى الثاني لايضمن شيء وعلى الثالث يلاحظ ترتيب شهادته ولكن قيل انه يضمن على الاول النصف دون السدس لانه نصف البينة وعليهن النصف لان الفرض توقف الثبوت على الرجل ولافرق فيهن بين اثنين ومأة .

بقي شيء ، وهو انه اذا رجع الزايد وكان بينته معتبرة ولم يكن رجوعه عن شهادة زور ولاعن شك في المشهود به بل اعتراف بالخطأ وانكروا وقوع الفعل فقالوا مثلا بأن زيداً لم يقتل بكراً ونحن حسبنا ان الذي قتله هو زيد والحال انه خالد وحينئذ يمكن القول بانتقاض الحكم لتعارض البينتين بناء على قبول قول الراجع فلاحظ وتأمل .

مسألة ٦٧: اذا ثبت فسق الشاهدين بعد الحكم ولكن لم يعلم مبدء عروضه لم يضر بالحكم لاحتمال تجدده بعد الحكم بل بعد الشهادة على الارجح (١) والاصل بقاء الحكم وهذا ظاهر وان ثبت تحققه قبل الشهادة انتقض الحكم ببطلان مدركه فان كان المشهود به من الاموال استردت العين من المحكوم له

---

(١) اختاره المحقق أيضاً في الشرائع ص٢٤١ ج٤١ الجواهر .

ان بقيت والا المثل أو القيمة لانهتصرف في مال الغير .

وانكان من غيره فلاقود ولاقصاص علىالمباشر مطلقاً لانه انما باشر بأذن شرعي ولو بحسب الظاهر ولادية على الحاكم ولاعلى المباشر الموظف من قبله لموثقة أبي مريم عن الباقر عليه السلام : قضى أمير المؤمنين عليه السلام ان ماأخطأت به القضاة في دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين (١).

قيل بشمول اطلاقها لولى القصاص اذا باشر القتل لاستناد قتله الى خطأ القاضي (٢) وقيل بعدم شموله له للانصراف الىماتكون الدية فيه على القاضي أوعلى المباشر من قبله بطبيعة الحال فجعلت الدية في بيت المال ، وأما اذاكان المكلفبالدية شخصاً اخرفلاتشمله فيرجع الىمايقتضيه القاعدة من ثبوتالدية على المباشر . والله العالم .

مسألة ٦٨:اذا رجع شهود التذكية فقطفيحتمل اختصاص الضمان بهما بل القصاص في فرض التعمد والعلم بكذب الشهود لاقوائية السبب من المباشر واذا رجع شهود الدعوى أيضاً أشترك الكل في الضمان والقصاص .

واما اذا تعمدوا في التذكية ولم يعلموا بكذب المشهود به بل اعتقدوا أو ظنوا صدقه فلاقصاص ظاهراً فتأمل. وأوضح منه ماإذا شهدوا بالتذكية لالاجل الشهادة بل لغيرها كالامامة والولاية مثلا فاتفق استناد قبول الشهادة اليها ثم رجع شهود التذكية فانه يمنع استنادالتلف اليهم في الفرض والمسألة محتاجة الى مزيد تأمل (٣).

مسألة ٦٩ : لوشهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان فرجم ثمرجعادونشهود

(١) ص١١١ ج١٩ الوسائل .

(٢) وللمحقق فى الشرائع قيد اخر ضعفه صاحب الجواهر .

(٣)لاحظ ص٢٤٩ ج٤١ من الجواهر

الزنا اقتص منهما خاصة ان اعترفابالعمد والا فالدية، ولورجع شهودالزناخاصة لم يجب على شهود الاحصان شيء ولورجعالجميع ضمنوا اجمع لاشتراكهم في التسبيب كما في الجواهر وفيها أيضاً :

نعم في كيفيةالضمان اشكال فيحتمل ضمان شاهدي الاحصان النصف وشهود الزنا النصف ، ويحتمل التوزيع عليهم بالسوية ، وحينئذ فلو شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالاحصان فعلى الاول على شاهدي الاحصان ثلاثة أرباع : نصف للشهادة بالاحصان ونصف النصف الاخر الذي هو ربع، لانهما نصف شهود الزنا وعلى الثاني على شاهدي الاحصان الثلثان ثلث منها للشهادةبالزنا والثلث الاخر للشهادة بالاحصان وعلى الاخرى الثلث ويحتمل تساويهم في الغرم على كل تقدير ، فلايضمنان الا النصف لان شاهدي الاحصان وان تعددت جنايتهم فانهم يساوون من اتحدت جنايته لانالدية تسقط على عدد الرؤوس لا الجناية كما لوجرحه أحدهما مائة والاخر واحداً ثم مات من الجميع والله العالم .

مسألة ٧٠ : الظاهر عدم الضمان بكتمان الشهادة الواجبة وان اثم واستحق العقاب لعدم موجب للضمان .

مسألة ٧١ : اذا ثبت ان القاضي انما حكم بشهود الزور عمداً فهل الضمان على الجميع أوعليه وحده كما هو الاظهر كما اذا حكم من دون شاهد وعلم ولو ادعى الحاكم استناد حكمه الى شهادة الشاهدين فأنكرها كلاهما أوأحدهما فالظاهر قبول قول القاضي الى أن يثبت بطلانه لمامر من الوجه في كتاب القضاء .

مسألة ٧٢: لورجعا في الشهادة على الميت بعد اليمين الثابتة على المدعي ففي ضمانهما بالجميع أوبالنصف وجهان ويمكن ابتناء الحكم على كون اليمين للاستظهار وعدم القضاء أولاثبات اصل الحق وحيث الاظهر عندنا هو الثاني كما مر يصبح ضمانهما بالنصف ارجح ويحتمل التوزيع عليهما وعلى المدعي

بالسوية فيضمن كل واحد منهم الثلث ان رجع الكل والله العالم ، وله الحمد على نعمائه وصلى الله على محمد خير خلقه وآله وأتباعه اللهم عجل فرجهم بفرج حجة بن الحسن القائم المهدي . وأنا المقيم في بلدة قم المقدسة كرها ومن غير رضى، محمد آصف المحسني القندهارى، أسئل الله أن يتفضل علينا بنصرنا على الكفار الماركسيين المحتلين لبلادنا الاسلامية (افغانستان) .

تاريخ التاليف ١٩ /٨/ ٦٢

تاريخ الطبع ٦٣/٥/١٠

وقدتم تأليف كتاب القضاء والشهادة فى عشرين يوماً تقريباً .

مطالب هذا الكتاب

(كتاب القضاء)

(كتاب الشهادات)

جدول الخطأ والصواب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٥	١٥	الاشتيناني	الاشتياني
١٣	٢	(٣٧)	(٣٨)
١٤	٢٣	٦٤ ج١٢	٨٠ ج١٨
١٥	١٩	ص٨٠ ج١٨ الوسائل	
١٨	٩	اعانته	اعانة
٢٤	٢	المتقين	المتيقن
٦٠	٢١	١٨٦	١٧٦
٦٥	٥	ففيها	ففيه
٨٢	١٤	لهما	لها
٨٣	٩	محت	صحت
٩٢	١٠	تفصيلتان	تفصلتان
٩٢	١١	مدلولتهما	مدلولهما
٩٨	٢٠	له واقع مجهول	لاواقع له
١٠٣	٢	يتخير	يتحير
١٠٦	٤	انسحابها	على انسحابها
١٠٩	١٥	الجزام	الجزم
١٢٨	٢١	التصنيف	التنصيف
١٣٣	١٤	للمتثبت	للمتشبث

الجدول الثاني للاغلاط المطبعية

الصفحة	السطر	الغلط	الصحيح
٢٣	١	شهادته	شهادهالفاسق
٢٧	١١	بـل	بل هو
٤٠	١١	جميل	جميل عن جماعة
٤٤	٢٠	مطلقا	مطلقاحتى
٤٤	١٨	باق	فهو باق
٤٨	١٩	ضروريا	ضر ريا
٦٥	٤	ففيها	ففيه
٧٣	٦	تامل	فمحل تأمل
٧٩	١١	هي الثانية	هي الاول
٨٥	١٧	لم يكن	لم يكن المقام
٩٤	٢	خامة	خاصة
١١٨	١٨	المفاوضة	المعاوضة
١٣٢	٨	لاحدها	لاحدهما
١٣٢	٨	كانت	كان
١٣٩	١٠	الشاهدان	عدم ارادة ثقة واحدة
١٤٢	٣	عدم جواز	عدم وجوب
١٤٨	١٨	والاظهر	والاظهر انه
١٥٣	٥	حلف لها	حلف لهما
١٧٨	١	الاعتداء	الاعتداد

الصفحة	السطر	الغلط	الصحيح
١٨٠	١٥	لغير	لخبر
١٨٦	٩	والتى	والاتى
١٨٨	٣	تها	
١٩٨	٢	حجية	حجيةقول
١٩٨	١٩	ولو	لواقر
٢٠٢	١٠	طرحها	طرحهاالحاكم
٢٠٩	٩	الحكم	الحاكم
٢١٠	٩	لبحث	بحث
٢١١	١٥	الوسطى	الواطى
٢١٣	١	بثبوته	ثبوته

قولنا ص ٣٨ : فتأمل : وجهه امكان دفع حرمة ايذاء المدعى عليه ببناء العقلاء والروايات المشاراليهافى المورد الاول وبكون كل دعوى ـ حتى الجزمية احتمالية عندالقاضى ، وامابقية ادلة المشترطتين فهى ضعيفة .

قولنا ص ٤٧ : فى حضوره مشقة كثيرة . اقول يظهر حال هذا مما قلنا آنفا فى وجه التأمل والله العالم